Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

Тем, что эта книга дошла до Вас, мы обязаны в первую очередь библиотекарям, которые долгие годы бережно хранили её. Сотрудники Google оцифровали её в рамках проекта, цель которого – сделать книги со всего мира доступными через Интернет.

Эта книга находится в общественном достоянии. В общих чертах, юридически, книга передаётся в общественное достояние, когда истекает срок действия имущественных авторских прав на неё, а также если правообладатель сам передал её в общественное достояние или не заявил на неё авторских прав. Такие книги – это ключ к прошлому, к сокровищам нашей истории и культуры, и к знаниям, которые зачастую нигде больше не найдёшь.

В этой цифровой копии мы оставили без изменений все рукописные пометки, которые были в оригинальном издании. Пускай они будут напоминанием о всех тех руках, через которые прошла эта книга – автора, издателя, библиотекаря и предыдущих читателей – чтобы наконец попасть в Ваши.

Правила пользования
Мы гордимся нашим сотрудничеством с библиотеками, в рамках которого мы оцифровываем книги в общественном достоянии и делаем их доступными для всех. Эти книги принадлежат всему человечеству, а мы – лишь их хранители. Тем не менее, оцифровка книг и поддержка этого проекта стоят немало, и поэтому, чтобы и в дальнейшем предоставлять этот ресурс, мы предприняли некоторые меры, чтобы предотвратить коммерческое использование этих книг. Одна из них – это технические ограничения на автоматические запросы.

Мы также просим Вас:

- **Не использовать файлы в коммерческих целях.** Мы разработали программу Поиска по книгам Google для всех пользователей, поэтому, пожалуйста, используйте эти файлы только в личных, некоммерческих целях.
- **Не отправлять автоматические запросы.** Не отправляйте в систему Google автоматические запросы любого рода. Если Вам требуется доступ к большим объёмам текстов для исследований в области машинного перевода, оптического распознавания текста, или в других похожих целях, свяжитесь с нами. Для этих целей мы настоятельно рекомендуем использовать исключительно материалы в общественном достоянии.
- **Не удалять логотипы и другие атрибуты Google из файлов.** Изображения в каждом файле помечены логотипами Google для того, чтобы рассказать читателям о нашем проекте и помочь им найти дополнительные материалы. Не удаляйте их.
- **Соблюдать законы Вашей и других стран.** В конечном итоге, именно Вы несёте полную ответственность за Ваши действия – поэтому, пожалуйста, убедитесь, что Вы не нарушаете соответствующие законы Вашей или других стран. Имейте в виду, что даже если книга более не находится под защитой авторских прав в США, то это ещё совсем не значит, что её можно распространять в других странах. К сожалению, законодательство в сфере интеллектуальной собственности очень разнообразно, и не существует универсального способа определить, как разрешено использовать книгу в конкретной стране. Не рассчитывайте на то, что если книга появилась в поиске по книгам Google, то её можно использовать где и как угодно. Наказание за нарушение авторских прав может оказаться очень серьёзным.

О программе
Наша миссия – организовать информацию во всём мире и сделать её доступной и полезной для всех. Поиск по книгам Google помогает пользователям найти книги со всего света, а авторам и издателям – новых читателей. Чтобы произвести поиск по этой книге в полнотекстовом режиме, откройте страницу `http://books.google.com`.

THE
UNIVERSITY
OF CHICAGO
LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

58/4557

Digitized by Google

Р2193

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

АЛЕКСАНДР
В.- ЮРИД.
ШКОЛА
№

1913 г.

КНИГА I.

Москва.

Digitized by Google

Digitized by Google

ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ

АЛЕКСАНД... В. ЮРИД. А...
ШИФРА Р2193

ЖУРНАЛЪ

МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,

ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ

С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА и ОБЩЕСТВА ИМЕНИ А. И. ЧУПРОВА ДЛЯ РАЗРАБОТКИ ОБЩЕСТВЕННЫХЪ НАУКЪ

ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ

Б. А. Кистяковскаго.

БЛИЖАЙШЕЕ УЧАСТІЕ ВЪ РЕДАКЦІИ ПРИНИМАЮТЪ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Ждановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

Книга I.

МОСКВА, 1913.

Digitized by Google

H8
.I9o1
no.1

Exchange

Типографія Г. Лисснера и Д. Собко.
Москва, Воздвиженка, Крестовоздвиж. пер., д. 9.

Digitized by Google

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стран.

Отъ редакціи 1
Б. А. Кистяковскій. Наши задачи 3
П. И. Новгородцевъ. Современное положеніе проблемы естественнаго права 18
А. А. Мануиловъ. Къ вопросу о предметѣ и характерѣ теоретической экономіи. (Историческое и теоретическое направленія) 25
Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ. Юридическая природа манифеста 17 октября 35
А. С. Алексѣевъ. Происхожденіе чрезвычайноуказнаго права и его политическое значеніе 55
М. М. Ковалевскій. Преемственность или прерывность законодательныхъ работъ 76
П. И. Люблинскій. Публичная защита въ уголовномъ процессѣ 84
А. Э. Вормсъ. Законъ и обычай въ наслѣдованіи у крестьянъ 97
Памяти Г. Ф. Шершеневича 127
И. А. Кистяковскій. Г. Ф. Шершеневичъ, какъ цивилистъ 129
А. Э. Вормсъ. Профессоръ Г. Ф. Шершеневичъ, какъ коммерсіалистъ . . 135

Юридическое Обозрѣніе.

Обзоръ судебной практики по примѣненію ст. 1—2 Устава Гражданскаго Судопроизводства. **Т. М. Яблочкова** 149
Къ предстоящей реформѣ конкурснаго законодательства **Д. М. Генкина** 169
Зданія на арендованной землѣ въ законѣ и судебной практикѣ **В. Н. Челищева** 188
Новый законъ о розыскѣ внѣбрачнаго отцовства во Франціи. **Д. С. Розенблюма** 198
Мѣсто преступнаго бездѣйствія. **Н. Н. Полянскаго** 207

Литературное обозрѣніе.

К. Н. Соколовъ. Парламентаризмъ. Опытъ правовой теоріи парламентаризма. **А. С. Алексѣева** 215
Д. А. Дриль. Ученіе о преступности и мѣрахъ борьбы съ нею. **Е. Н. Ефимова.** 223
Дѣти-преступники. Сборникъ статей съ предисловіемъ и подъ редакціей **М. Н. Гернета. В. Н. Ширяева** 227
П. Сергѣичъ. (П. П-въ). Уголовная защита. Практическія замѣтки. **Его-же.** Искусство рѣчи на судѣ. **С. Т. Гаврилова.** 230

Digitized by Google

Стран.

Б. Фрезе. Очерки греко-египетскаго права. **С. Е. Сабинина** 233

В. В. Розенбергъ. Товарищество съ ограниченной отвѣтственностію. (О необходимости введенія этой формы въ Россіи). **В. А. Краснокутскаго.** 235

А. С. Выдринъ и М. Н. Виленкинъ. Законъ о правѣ застройки. Со вступительной статьей и подробн. постатейными разъясненіями. **Г. Гойхбаргъ.** Законъ о правѣ застройки. Текстъ съ объясненіями. **М. Мининъ и В. Выставкинъ.** Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки. Текстъ закона съ разъясненіями и образцы договоровъ о правѣ застройки. **Н. Рудинъ.** Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки. Текстъ закона. Законодательные мотивы. Постатейныя объясненія. **П. С. Цыпкинъ.** Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки. Съ объясненіями и законодательными соображеніями. **А. М. Долматовскаго** 239

С. В. Завадскій и В. Н. Свидерскій. Кассаціонная практика по общеимперскому конкурсному праву и процессу. **Д. М. Генкина** . . . 242

Н. Н. Шапошниковъ. Теорія цѣнности и распредѣленія **З. С. Каценеленбаума.** 244

Проф. Л. І. Петражицкій. Акціи, биржевая игра и теорія экономическихъ кризисовъ. **П. Е. Михайлова** 249

Digitized by Google

Отъ редакціи.

Задача Юридическаго Вѣстника — способствовать разработкѣ теоретическихъ и практическихъ вопросовъ юриспруденціи. Ставя себѣ эту задачу, редакція Юридическаго Вѣстника исходитъ изъ убѣжденія, что въ жизни культурныхъ народовъ право имѣетъ первостепенное значеніе. И матеріальное благосостояніе, и упорядоченность внутренней жизни, и внѣшнее могущество народа зависятъ въ значительной мѣрѣ отъ правопорядка, господствующаго среди даннаго народа, и правосознанія, воодушевляющаго его. Содѣйствовать по мѣрѣ силъ тому, чтобы право пріобрѣло руководящее положеніе и въ жизни нашей родной страны будетъ цѣлью Юридическаго Вѣстника, которую онъ будетъ осуществлять доступными для него средствами — путемъ научной разработки вопросовъ правовѣдѣнія.

Редакція Юридическаго Вѣстника твердо увѣрена въ томъ, что праву принадлежитъ самостоятельная роль въ общественной жизни и что соотвѣтственно этому, а также въ силу методологическихъ требованій, научная работа надъ проблемами права должна вестись автономно. Въ то же время, въ виду несомнѣннаго взаимодѣйствія права и другихъ общественныхъ факторовъ, научное правовѣдѣніе должно сохранять связь съ остальными соціальными науками. Поэтому Московское Юридическое Общество, приступая къ изданію Юридическаго Вѣстника, заручилось поддержкой не только Петербургскаго Юридическаго Общества, но и Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ. Представитель послѣдняго входитъ въ редакціонный комитетъ Юридическаго Вѣстника, а страницы журнала будутъ предоставляться и статьямъ по

Digitized by Google

соціально-экономическимъ вопросамъ. И въ этомъ отношеніи, слѣдовательно, новый Юридическій Вѣстникъ будетъ слѣдовать традиціямъ прежняго Юридическаго Вѣстника.

Юридическій Вѣстникъ будетъ выходить пока въ количествѣ четырехъ книгъ въ годъ — въ февралѣ, апрѣлѣ, октябрѣ и декабрѣ въ размѣрѣ отъ 12 до 15 печатныхъ листовъ. Книги его будутъ состоять изъ трехъ отдѣловъ:

I. Отдѣлъ теоретическихъ статей по юриспруденціи и соціально-экономическимъ наукамъ.

II. Юридическое Обозрѣніе, посвященное текущимъ вопросамъ правовой жизни, при чемъ особое вниманіе будетъ удѣляться судебной практикѣ.

III. Литературное Обозрѣніе, въ которомъ по возможности будутъ отмѣчаться и оцѣниваться всѣ вновь выходящія русскія книги по юриспруденціи и общественнымъ наукамъ.

Въ приложеніяхъ къ книгамъ Юридическаго Вѣстника будутъ печататься Протоколы Московскаго Юридическаго Общества и Общества имени А. И. Чупрова.

Digitized by Google

Наши задачи.

Въ наше время право должно было бы занять особенно высокое и почетное положеніе въ русской общественной и духовной жизни. Можно было надѣяться, что недавно созданные у насъ новые органы законодательной власти, благодаря своимъ полномочіямъ и составу, возвысятъ и незыблемо утвердятъ авторитетъ закона, какъ въ глазахъ представителей правительства, такъ и въ сознаніи русскихъ гражданъ. Вмѣстѣ съ призывомъ къ жизни Государственной Думы и обновленіемъ Государственнаго Совѣта у насъ установленъ законодательный принципъ, по которому «никакой новый законъ не можетъ послѣдовать безъ одобренія Государственнаго Совѣта и Государственной Думы» (Осн. Зак., ст. 86), а это впервые проводитъ, наконецъ, въ нашемъ правопорядкѣ точную и болѣе или менѣе прочную грань между закономъ, съ одной стороны, и правительственными указами и административными распоряженіями, съ другой. Въ то же время въ наше законодательство введенъ и принципъ верховенства закона, такъ какъ указы теперь издаются «въ соотвѣтствіи съ законами» (тамъ же, ст. 11).

Какъ бы кто ни относился къ отдѣльнымъ сторонамъ нашего новаго порядка изданія законовъ, всякій долженъ согласиться, что въ сравненіи съ прежнимъ порядкомъ онъ долженъ былъ бы увеличить авторитетъ закона. Можно до извѣстной степени признать возвышенность того идеала единоличнаго законодателя, который былъ созданъ прошлымъ и который рисовалъ себѣ монарха, всемогущаго и неограниченнаго, стоящаго выше всѣхъ частныхъ и личныхъ интересовъ, но въ то же время хорошо освѣдомленнаго и знающаго всѣ истинныя нужды своего народа, а потому законодательствующаго вполнѣ свободно и только въ интересахъ общаго блага. У насъ еще часть людей сороковыхъ годовъ прошлаго столѣтія — славянофилы-идеалисты болѣе точно формулировали и энергично отстаивали этотъ идеалъ. Но теперь, никто болѣе не можетъ сомнѣваться въ томъ, что этотъ идеалъ неосуществимъ,

Digitized by Google

ибо при современной сложности жизни одно лицо не можетъ быть освѣдомлено о всѣхъ нуждахъ народа. Послѣдніе искренніе защитники идеала прошлаго должны были въ концѣ-концовъ съ горечью признавать, что при старомъ порядкѣ законы подготовлялись въ тайныхъ закоулкахъ канцелярій и въ лучшемъ случаѣ разрабатывались сановниками, опытными въ дѣлахъ управленія, но не знакомыми съ народной жизнью.

Правда, и новый порядокъ изданія у насъ законовъ никто не считаетъ идеальнымъ, хотя различныя лица и общественныя группы недовольны имъ въ силу прямо противоположныхъ другъ другу причинъ. Но всетаки этотъ новый порядокъ лучше стараго. Если наше народное представительство не удовлетворяетъ идеалу тѣхъ, которые требуютъ, чтобы всякое народное представительство по своему составу точно отражало относительную силу существующихъ въ самомъ народѣ теченій и направленій, то оно всетаки даетъ возможность представителямъ различныхъ направленій, высказываться передъ страной и оказывать моральное воздѣйствіе въ пользу защищаемыхъ ими взглядовъ. Къ тому же рѣшающее значеніе для нашего правопорядка имѣетъ самое созданіе у насъ народнаго представительства, надѣленнаго законодательными полномочіями; оно означаетъ принципіальное признаніе у насъ правового начала, по которому наше дѣйствующее право должно постоянно согласоваться съ народнымъ правосознаніемъ.

Итакъ, основные элементы нашего новаго порядка изданія законовъ должны были бы, казалось, приводить къ росту въ русской жизни, т.-е. въ сознаніи русскаго правительства и общества значенія и силы закона, а вмѣстѣ съ тѣмъ и права, какъ нормы. Но ни для кого теперь не составляетъ тайны несомнѣнное паденіе у насъ авторитета закона и права за послѣднее десятилѣтіе. Какъ бы ни поражало это явленіе своею неожиданностью, передъ нами безспорный фактъ. Въ моральномъ отношеніи право и законъ теперь еще въ меньшей мѣрѣ, чѣмъ прежде, рисуются въ представленіи нашихъ правящихъ круговъ и значительной части нашего общества въ видѣ нормы, стоящей надъ всѣми личными, частными и групповыми интересами. Напротивъ, они разсматриваются въ послѣднее время у насъ исключительно, какъ предписанія, направленныя въ интересахъ той или иной группы населенія. Конечно, нельзя отрицать существованія и такихъ законовъ, которыми иногда даже преднамѣренно оказывается покровительство интересамъ экономически болѣе сильной части населенія въ ущербъ экономически

Digitized by Google

болѣе слабой его части. Далѣе, вслѣдствіе чрезвычайной сложности современныхъ соціальныхъ отношеній, съ одной стороны, и теоретической неразработанности научныхъ принциповъ законодательной политики и законодательной техники, съ другой, новые законы часто оказываются очень неудачно формулированными, а потому при примѣненіи ихъ толкуютъ во многихъ случаяхъ въ угоду болѣе сильнымъ и въ ущербъ болѣе слабымъ. Но дѣлать изъ этого выводъ, что законы не могутъ быть издаваемы иначе, какъ въ угоду интересамъ господствующей части населенія, или что они даже обязательно должны покровительствовать тѣмъ или инымъ групповымъ интересамъ, это значитъ извращать понятія. Въ идеѣ всякій законъ долженъ господствовать надъ всѣми частными, личными и групповыми интересами, и если это не всегда осуществляется, въ дѣйствительности, а иногда и трудно достижимо, то все-таки свой моральный авторитетъ законъ черпаетъ въ этомъ присущемъ ему свойствѣ.

Но не только моральная, а и фактическая авторитетность законовъ понизилась въ русской жизни. Это сказывается въ томъ, что никогда законы такъ плохо не исполнялись у насъ и, въ частности, никогда не было такъ много совсѣмъ неисполняющихся законовъ, какъ въ послѣднее время. Особенно легко убѣдиться въ этомъ, если взять законы и «временныя правила», изданные въ 1905/6 годахъ, и посмотрѣть, что изъ нихъ исполняется и что не исполняется, хотя и не было отмѣнено послѣдующими законами.

Такимъ образомъ, если мы присмотримся къ нашей правовой дѣйствительности, то должны будемъ признать, что паденіе авторитета права, какъ нормы, чаще всего выражаемой въ законахъ, есть несомнѣнный фактъ современной русской жизни. Но и право, какъ неотъемлемая принадлежность всякаго человѣка, страшно понизилось у насъ въ Россіи въ своемъ значеніи и авторитетѣ. Притомъ, здѣсь противорѣчіе между тѣми правами, которыя предоставлены русскимъ людямъ въ законѣ, и тѣми правами, которыми они располагаютъ въ дѣйствительности, какъ-то особенно бросается въ глаза. Въ самомъ дѣлѣ, въ наши Основные Законы 23 апрѣля 1906 года введена совершенно новая глава «О правахъ и обязанностяхъ россійскихъ подданныхъ». Въ ней впервые у насъ въ десяти статьяхъ отъ 72-й до 81-й выражены тѣ принципы правового порядка, которые признаются теперь во всѣхъ культурныхъ странахъ. Такъ, въ первыхъ трехъ изъ этихъ статей устанавли-

Digitized by Google

вается неприкосновенность личности русскаго подданнаго, въ слѣдующихъ двухъ — неприкосновенность его жилища и свобода его передвиженія, далѣе устанавливается неприкосновенность собственности, свобода собраній, обществъ, слова и печати и, наконецъ, въ послѣдней, 82-й статьѣ — свобода вѣры. Если судить о правовомъ положеніи русскихъ подданныхъ по содержанію этихъ статей, то надо было бы признать, что въ Россіи правовая личность каждаго человѣка дѣйствительно уважается и цѣнится. Но кто изъ насъ не знаетъ, что эти, дарованныя Манифестомъ 17-го октября русскимъ подданнымъ, права до сихъ поръ не превратились въ жизненную дѣйствительность, а законы, которые обѣщаны для болѣе точнаго ихъ опредѣленія и огражденія, пока еще не изданы. Приходится даже констатировать, что личныя права русскихъ подданныхъ въ послѣдніе семь лѣтъ стали неизмѣримо менѣе уважаться, чѣмъ раньше.

Прежде всего, личность русскаго человѣка теперь менѣе обезпечена въ самой общественной жизни, такъ какъ статистика показываетъ, что за указанный періодъ времени преступленія противъ личности значительно возросли. Но и въ правовомъ отношеніи, въ частности передъ судомъ, русскій человѣкъ поставленъ теперь въ гораздо худшія условія, чѣмъ прежде. Масса фактовъ свидѣтельствуетъ о томъ, что судъ у насъ теперь менѣе безпристрастенъ, чѣмъ онъ былъ раньше. Постоянно у насъ слышатся жалобы на то, что нашъ судъ не остается на высотѣ своего безпартійнаго положенія, и что онъ замѣшанъ въ борьбу политическихъ партій. Правда, еще лѣтъ десять тому назадъ такія жалобы были бы невозможны по той простой причинѣ, что у насъ не было открытыхъ партій. Однако, именно то обстоятельство, что столь необходимое для гражданскаго развитія русскаго народа дѣленіе на политическія партіи распространяется и на такую несвойственную для него сферу, какъ область суда, можетъ привести къ крушенію послѣдняго оплота личныхъ правъ русскихъ подданныхъ. Но необезпеченность личныхъ правъ въ Россіи передъ судомъ особенно ярко проявляется въ небываломъ расширеніи у насъ дѣятельности чрезвычайныхъ судовъ. Вѣдь, вплоть до послѣдняго времени значительная часть болѣе серьёзныхъ уголовныхъ дѣлъ передавалась у насъ въ военные суды и рѣшалась на основаніи военныхъ законовъ. Этимъ путемъ у насъ фактически возстановлена отмѣненная еще императрицей Елизаветой Петровной смертная казнь для общихъ преступленій, притомъ въ такихъ широкихъ

Digitized by Google

предѣлахъ, въ какихъ она не примѣняется теперь ни въ одной изъ культурныхъ странъ.

Но если правовая личность русскаго подданнаго плохо обезпечена въ области общественно-государственной и гражданской дѣятельности, а также передъ уголовнымъ судомъ, то не лучше ея положеніе и въ частно-правовой сферѣ. Здѣсь, конечно, заслуживаетъ особаго вниманія обезпеченіе частныхъ правъ наиболѣе многочисленнаго слоя русскаго населенія — крестьянства. Частныя права крестьянъ возбуждали въ послѣднее время исключительный интересъ и заботу нашихъ правящихъ и общественныхъ круговъ, выразившіеся въ обширномъ законодательствѣ, касающемся крестьянскаго землевладѣнія и землепользованія. Мы оставляемъ здѣсь совершенно въ сторонѣ очень спорный вопросъ, насколько правильны экономическія и соціальныя цѣли нашего новаго аграрнаго законодательства и насколько цѣлесообразно онѣ осуществляются. Но въ противоположность соціально-экономическимъ цѣлямъ нашего новаго аграрнаго законодательства, его правовыя цѣли въ принципѣ должны встрѣчать всеобщее сочувствіе и одобреніе. Въ качествѣ правовой цѣли этого законодательства всегда выдвигалась задача приравнять права крестьянъ къ правамъ лицъ другихъ сословій, а вмѣстѣ съ тѣмъ повысить личное самосознаніе, самодѣятельность и чувство отвѣтственности передъ самимъ собой у крестьянина. Правда, кое-кто сомнѣвается въ раціональности главнаго средства, которое было избрано для осуществленія этой цѣли, заключающагося въ превращеніи крестьянина въ частнаго собственника. Однако, если принять во вниманіе, съ одной стороны, общую инертность и некультурность широкихъ массъ нашего крестьянскаго населенія, а съ другой — провѣренное уже на опытѣ психологически-правовое дѣйствіе частной собственности — не даромъ французская декларація правъ человѣка и гражданина 1789 года провозглашала частную собственность неотъемлемымъ правомъ человѣка, — то можно признать, что это средство, будучи разумно использовано, могло бы быстрѣе привести къ намѣченной цѣли. Но, къ сожалѣнію, и здѣсь приходится отмѣтить несоотвѣтствіе дѣйствительнаго правопорядка тому, который установленъ въ законѣ. Въ самомъ дѣлѣ, наше новѣйшее аграрное законодательство пока нисколько не повысило положенія правовой личности крестьянина; напротивъ, оно сдѣлало ее предметомъ новаго насильственнаго воздѣйствія административной власти. Прежде всего,

Digitized by Google

тотъ основной пріемъ, которымъ это законодательство стремится насадить частную собственность среди крестьянъ, заключающійся въ томъ, что члены общины, изъявляющіе желаніе перейти къ частному владѣнію, пріобрѣтаютъ извѣстныя экономическія преимущества за счетъ всей остальной общины, наврядъ ли способенъ утвердить уваженіе не только къ частной собственности, а и къ собственности вообще. Далѣе, перешедшіе къ частной собственности крестьяне въ административно-правовомъ отношеніи нисколько не становятся въ болѣе независимое положеніе отъ той же общины, какъ административно-финансовой единицы, и другихъ органовъ власти. Наконецъ, и въ частно-правовой сферѣ въ виду отсутствія детальныхъ и точныхъ нормъ, которыя регулировали бы всѣ вновь возникшія правовыя отношенія, правовое положеніе новыхъ частныхъ собственниковъ очень неопредѣленно и неясно, т.-е. лишено наиболѣе цѣнныхъ преимуществъ всякаго истиннаго права. Во всякомъ случаѣ, общее впечатлѣніе отъ новаго аграрнаго законодательства таково, что въ немъ личность крестьянина служитъ пока объектомъ для экспериментовъ, но ея дѣйствительныя права нисколько не обезпечиваются и не гарантируются вновь насаждаемымъ правопорядкомъ.

Итакъ, всѣ разсмотрѣнные нами общіе факты — въ детали мы, конечно, не могли здѣсь вдаваться — показываютъ, что авторитетъ права во всѣхъ его формахъ и видахъ понизился въ послѣднее время въ Россіи. Это крайне печальное явленіе должно вызывать тревогу во всѣхъ, кому дороги интересы Россіи, такъ какъ не только внутреннее преуспѣяніе народа, но и его внѣшнее могущество зависятъ отъ прочности, устойчивости и силы господствующаго у него правопорядка. Противъ этого явленія необходимо бороться всѣми средствами и особенно стремиться устранить причины, вызвавшія его. Въ чемъ же, однако, заключаются эти причины? На это въ нашемъ обществѣ дается вполнѣ опредѣленный отвѣтъ: онѣ заключаются въ господствѣ той или другой политической партіи и соотвѣтственно этому въ томъ или иномъ политическомъ направленіи, которое усвоено нашимъ правительствомъ. При этомъ, конечно, въ зависимости отъ того, къ какой партіи принадлежитъ тотъ или другой представитель нашего общества, онъ стремится свалить вину за упадокъ правопорядка въ нашей жизни на своихъ противниковъ. Сторонники наиболѣе вліятельныхъ въ данное время политиче-

Digitized by Google

скихъ партій и господствующаго нынѣ направленія правительства считаютъ, что виноваты тѣ политическія теченія, которыя получили преобладаніе въ нашемъ обществѣ и правительствѣ въ періодъ отъ 1904 по 1907 годъ, и что смѣнившее ихъ правительственное теченіе до сихъ поръ не можетъ справиться съ происшедшимъ тогда сдвигомъ всѣхъ нашихъ правовыхъ устоевъ. Напротивъ, противники нынѣ господствующаго направленія правительства настаиваютъ на томъ, что именно оно привело къ пониженію авторитета права у насъ, и что только болѣе прогрессивное правительство сможетъ обезпечить у насъ вполнѣ прочный правопорядокъ. Это, столь характерное для нашего общества разнорѣчіе показываетъ, что въ нашемъ обществѣ нѣтъ пониманія истинной природы права.

У насъ право всегда ставилось въ гораздо бо́льшую зависимость отъ другихъ факторовъ общественной жизни, чѣмъ это соотвѣтствуетъ истинному положенію и дѣйствительной роли его. Широкими кругами нашего общества право до сихъ поръ не признавалось и не признается самостоятельной силой, регулирующей, направляющей и созидающей различныя формы личной и общественной жизни, каковой оно является по своему подлинному существу. Напротивъ, праву удѣляютъ у насъ значеніе лишь подчиненнаго орудія или средства для чуждыхъ ему цѣлей. Въ этомъ отношеніи господствующій у насъ въ послѣднее время взглядъ на право, какъ на простой результатъ столкновенія и борьбы политическихъ силъ вполнѣ аналогиченъ столь популярному у насъ пятнадцать-двадцать лѣтъ тому назадъ воззрѣнію на право, какъ на отраженіе лишь экономическихъ отношеній, существующихъ въ томъ или иномъ обществѣ. И въ Западной Европѣ когда-то въ той же мѣрѣ умалялось значеніе права и ему приписывались лишь акцессорное положеніе и служебная роль. Это было въ то время, когда религія безраздѣльно господствовала надъ сознаніемъ людей въ Западной Европѣ, а потому организація вѣрующихъ — католическая церковь подчиняла своимъ интересамъ право. Не подлежитъ сомнѣнію, что вся совокупность обстоятельствъ, характеризующихъ тѣ историческія эпохи, когда праву удѣляется лишь подчиненное значеніе, свидѣтельствуетъ о томъ, что это явленіе ненормально, и что оно, обыкновенно, вызывается чрезмѣрнымъ и одностороннимъ развитіемъ какого-либо одного проявленія духовной и общественной жизни.

Что касается переживаемаго Россіей въ данный моментъ правового состоянія, то если, съ одной стороны, въ обществѣ у насъ теперь по большей части не встрѣчается правильнаго пониманія

Digitized by Google

истинной сущности права, и если въ современныхъ условіяхъ нашей общественной жизни есть глубокія причины, мѣшающія выработкѣ этого пониманія, то съ другой стороны, у насъ имѣется и много условій, свидѣтельствующихъ о томъ, что право уже въ ближайшемъ будущемъ можетъ занять въ жизни русскаго народа подобающее ему мѣсто. Прежде всего, наша государственная реформа, какъ указано выше, создала тѣ формальныя предпосылки, которыя необходимы для того, чтобы авторитетъ права былъ незыблемо утвержденъ въ нашей государственной, общественной и частной жизни. Отмѣченное выше несомнѣнное паденіе у насъ авторитета права именно послѣ этой реформы, хотя и требуетъ самаго серьезнаго вниманія къ себѣ, не должно насъ чрезмѣрно смущать. Аналогичныя явленія происходили почти во всѣхъ странахъ при переходѣ отъ одного государственнаго строя къ другому. Однако, съ этимъ явленіемъ надо тѣмъ энергичнѣе бороться, что оно идетъ въ разрѣзъ съ вновь установленнымъ у насъ правовымъ строемъ. Для поддержанія авторитета права у насъ въ первую очередь необходимо добиться того, чтобы всѣ наши законы, особенно изданные въ связи съ нашей государственной реформой, точно и правильно исполнялись, не подвергаясь извращенному толкованію. Пути и средства для этого указаны въ самихъ конституціонныхъ учрежденіяхъ, которыя созданы нашей недавней государственной реформой, въ ихъ правахъ и функціяхъ; при разумномъ использованіи ихъ наши государственные законы, въ концѣ-концовъ, будутъ надлежаще осуществляться и получатъ должное развитіе, а это необходимо приведетъ и къ общему повышенію авторитета нашего права. Конечно, это очень медленный путь, но всякій путь права медленъ, зато онъ и наиболѣе проченъ. Кто не принимаетъ этого во вниманіе, тотъ подвергаетъ себя излишнимъ разочарованіямъ, вызваннымъ или недостаточнымъ знакомствомъ съ природой права, или нежеланіемъ брать право таковымъ, каково оно есть, хотя-бы нѣкоторыя его свойства и противорѣчили субъективнымъ стремленіямъ и темпераментамъ отдѣльныхъ лицъ.

Но болѣе всего призвано способствовать повышенію у насъ авторитета права наше сословіе юристовъ. Сословіе это, состоящее изъ представителей различныхъ профессій — судейской, адвокатской, учено-преподавательской и др. — и насчитывающее въ числѣ

Digitized by Google

своихъ членовъ рядъ наиболѣе выдающихся научныхъ, общественныхъ и государственныхъ дѣятелей прошлаго и настоящаго, оказало громадныя услуги правовому развитію Россіи, и въ данное время въ значительной мѣрѣ руководитъ правовой жизнью нашей страны. Согласно лучшимъ традиціямъ, господствующимъ въ нашемъ сословіи юристовъ, оно не только никогда не выдѣляло себя изъ остального общества и не противопоставляло себя ему, но и всегда считало себя неразрывной частью его. Эта традиція должна строго соблюдаться по отношенію ко всѣмъ общегосударственнымъ и общегражданскимъ вопросамъ. Но въ вопросахъ спеціально правовыхъ наше сословіе юристовъ, хотя оно и составляетъ лишь незначительную часть нашего общества и народа, должно въ большей мѣрѣ сознавать свою руководящую роль и меньше подчиняться тѣмъ или инымъ теченіямъ, господствующимъ въ обществѣ. Къ фактическому руководству нашей правовой жизнью, которое въ значительной мѣрѣ осуществляютъ наши юристы при исполненіи тѣхъ или иныхъ своихъ профессіональныхъ обязанностей, должно присоединиться и болѣе авторитетное положеніе нашего сословія юристовъ во всѣхъ вопросахъ, касающихся нашего правопорядка. Въ настоящій переходной моментъ нашего правового развитія то знаніе права и то пониманіе его значенія, которымъ обладаютъ наши юристы, могутъ способствовать обновленію всей нашей правовой жизни, если наши юристы окажутъ соотвѣтственное вліяніе на болѣе правильное отношеніе нашего общества къ праву. Стремясь къ этому, наши юристы прежде всего должны настаивать на признаніи за правомъ самостоятельнаго значенія, такъ какъ право должно быть правомъ, а не какимъ-то придаткомъ къ экономической, политической и другимъ сторонамъ общественно-государственной жизни.

Для насъ, юристовъ, не можетъ подлежать сомнѣнію, что если правопорядокъ и его авторитетъ будутъ поставлены у насъ въ зависимость отъ господства и смѣны тѣхъ или другихъ политическихъ партій, то у насъ никогда не будетъ прочнаго правопорядка. Согласно со своими убѣжденіями, мы должны настаивать на томъ, что право должно дѣйствовать и имѣть силу совершенно независимо отъ того, какія политическія направленія господствуютъ въ странѣ и въ правительствѣ. Право, по самому своему существу, стоитъ надъ партіями и потому создавать для него подчиненное положеніе по отношенію къ тѣмъ или другимъ партіямъ, это значитъ извращать

Digitized by Google

его природу. Вѣдь, право можетъ обладать только тогда авторитетомъ, когда этотъ авторитетъ будетъ заключаться въ немъ самомъ, а не въ какихъ-либо постороннихъ вліяніяхъ.

Произведенная нашимъ недавнимъ государственнымъ преобразованіемъ перемѣна въ нашей общественной жизни предъявляетъ, конечно, извѣстныя требованія къ каждому русскому подданному. Такъ, напримѣръ, правы до извѣстной степени тѣ, которые утверждаютъ, что теперь у насъ стало гражданскимъ долгомъ всякаго взрослаго человѣка такъ или иначе примыкать къ какой-либо политической партіи. Этотъ новый долгъ вызывается хотя бы тѣмъ обстоятельствомъ, что русскимъ гражданамъ приходится теперь осуществлять дарованное законодательствомъ 1905/6 годовъ право избирать народныхъ представителей, а этому праву, какъ и всякому праву, соотвѣтствуетъ и извѣстная обязанность. Но на ряду съ этимъ у насъ, съ одной стороны, вмѣстѣ съ появленіемъ открытыхъ политическихъ партій политическая дѣятельность могла наконецъ выдѣлиться въ особую свободную профессію, которою занимаются опредѣленныя лица, а съ другой — есть роды дѣятельности, которые у насъ, какъ и въ большинствѣ конституціонныхъ странъ, поставлены безусловно внѣ дѣленія на политическія партіи. Достаточно указать на то, что члены нашей дѣйствующей арміи не пользуются избирательными правами, а слѣдовательно и не могутъ примыкать къ какимъ-либо политическимъ партіямъ. Вообще все въ нашей современной общественной и государственной жизни требуетъ отъ каждаго сознательнаго человѣка гораздо болѣе тщательной дифференціаціи между различными проявленіями гражданской и профессіональной дѣятельности, чѣмъ это было раньше.

Въ частности намъ, сословію юристовъ, конечно, предоставлено право участвовать въ общегражданской и политической жизни нашего отечества. Но въ своей профессіональной дѣятельности мы въ качествѣ юристовъ должны строго соблюдать и отстаивать нейтралитетъ права по отношенію ко всѣмъ политическимъ партіямъ. Въ чемъ бы ни выражалась наша спеціальная юридическая дѣятельность, въ судейскихъ, административныхъ, адвокатскихъ, или научно-преподавательскихъ функціяхъ, мы всегда должны настаивать на томъ, что право, какъ таковое, во всякомъ случаѣ должно осуществляться. Нашъ долгъ способствовать всѣми силами повышенію авторитета права, а это повышеніе возможно только при неуклонномъ осуществленіи правовыхъ нормъ. Даже въ тѣхъ случаяхъ, когда мы

Digitized by Google

убѣждены въ необходимости измѣненія какой-либо правовой нормы или совершенно новаго регулированія законодательнымъ путемъ извѣстныхъ частныхъ или общественныхъ отношеній, мы все-таки должны дѣлать все для осуществленія пока дѣйствующихъ нормъ права. Вѣдь не подлежитъ сомнѣнію, что формальное совершенство правового порядка, заключающееся въ томъ, что правовыя нормы неуклонно осуществляются, необходимо приводитъ и къ матеріальному усовершенствованію этого правопорядка, т.-е. къ большему приспособленію содержанія правовыхъ нормъ къ реальнымъ потребностямъ народа и его правосознанія.

Правда, подъ вліяніемъ моднаго въ послѣднее время теченія въ Германіи, у насъ все чаще высказываются мнѣнія, что надо расширить сферу судейскаго усмотрѣнія и стремиться къ тому, чтобы нормы дѣйствующаго права путемъ раціональнаго толкованія непосредственно приспособлялись къ назрѣвающимъ народнымъ потребностямъ и согласовались съ народнымъ правосознаніемъ. Но если въ Германіи, а еще раньше во Франціи это теченіе вызвано, несомнѣнно, дѣйствительными нуждами самого правопорядка, на которыхъ мы здѣсь, конечно, не можемъ останавливаться, то у насъ оно, повидимому, является искусственнымъ и наноснымъ явленіемъ. Высказывающіеся въ пользу свободы толкованія законовъ обыкновенно упускаютъ изъ виду то обстоятельство, что различнымъ эпохамъ правового развитія каждаго народа соотвѣтствуютъ и различныя формы и предѣлы свободы толкованія дѣйствующихъ правовыхъ нормъ, и что эти предѣлы и формы свободнаго толкованія находятся также въ зависимости отъ того, къ какой области права относятся примѣняемыя нормы.

Если съ этой точки зрѣнія поставить вопросъ о допустимыхъ въ Россіи въ данный моментъ формахъ и видахъ толкованія, то, вѣроятно, придется отвѣтить, что толкованіе должно быть у насъ наименѣе свободнымъ и наиболѣе близкимъ къ истинному смыслу законовъ. Правотворческимъ толкованіе у насъ можетъ быть только въ тѣхъ опредѣленныхъ случаяхъ, когда несомнѣнные пробѣлы въ гражданскомъ правѣ неизбѣжно требуютъ пополненія. Вообще же при рѣшеніи этого вопроса для современнаго русскаго правопорядка надо имѣть въ виду, что положеніе Россіи теперь наиболѣе похоже на то положеніе, въ какомъ находились Франція и Германія, когда въ нихъ проповѣдывалось строгое раздѣленіе властей и когда судья въ нихъ долженъ былъ быть лишь точнымъ исполнителемъ закона, лишеннымъ какихъ бы то ни было правотворче-

Digitized by Google

скихъ функцій. Во всякомъ случаѣ, въ Россіи теперь особенно надо остерегаться толкованія правовыхъ нормъ, продиктованнаго какими бы то ни было политическими соображеніями. Ясно, что при новизнѣ политической жизни у насъ и при крайне обостренной борьбѣ политическихъ партій изъ такого толкованія дѣйствующихъ законовъ никакое новое право не можетъ родиться. Даже болѣе — всякій актъ должностного или частнаго лица, основанный на такомъ толкованіи дѣйствующаго права, необходимо будетъ ощущаться какъ неправомѣрный и только поведетъ къ пониженію авторитетности права вообще.

Въ Россіи въ данное время гораздо цѣлесообразнѣе стремиться къ усовершенствованію дѣйствующаго права путемъ законодательства, чѣмъ путемъ другихъ формъ правотворчества. Надо, впрочемъ, признать, что такое стремленіе очень сильно проявляется въ самомъ нашемъ обществѣ. Благодаря нашей недавней государственной реформѣ и созданію у насъ народнаго представительства, какъ органа законодательной власти, вопросъ о тѣхъ или иныхъ законодательныхъ реформахъ сдѣлался предметомъ обсужденія со стороны повременной печати, различныхъ общественныхъ и научныхъ организацій и, наконецъ, частныхъ лицъ. Но въ нашемъ обществѣ, какъ уже отмѣчено выше, всѣ вопросы о тѣхъ или иныхъ законодательныхъ нововведеніяхъ рѣшаются почти исключительно съ политической точки зрѣнія. Въ противоположность этому мы, юристы, не только должны вносить возможно больше юридическихъ критеріевъ въ обсужденіе желательности и нежелательности изданія тѣхъ или иныхъ законовъ, но и стараться рѣшать всѣ вопросы, касающіеся новыхъ законовъ, исключительно съ точки зрѣнія права. Какъ это ни трудно, особенно въ виду отсутствія теоретической разработки, съ одной стороны, вопросовъ законодательной политики, а съ другой — законодательной техники, это все-таки вполнѣ достижимо. Во всякомъ случаѣ это необходимое требованіе, предъявляемое къ каждому юристу въ современныхъ условіяхъ нашей правовой жизни.

Итакъ, во всѣхъ сферахъ своей профессіональной дѣятельности наши юристы должны отстаивать самостоятельное значеніе права и его принципіальную независимость отъ другихъ элементовъ общественной жизни и въ частности отъ политики. Но болѣе

Digitized by Google

всего призвана установить и показать это независимое и самостоятельное значеніе права юридическая наука; всѣ, кто принимается за научную разработку какого-нибудь общаго или частнаго вопроса права, никогда не должны этого забывать. Правда, вмѣстѣ съ поразительнымъ расширеніемъ области научныхъ изслѣдованій во второй половинѣ XIX столѣтія выдвинуты были задачи изученія правовыхъ явленій съ соціально-экономической, политической, антропологической, психологической и другихъ точекъ зрѣнія. Это и привело къ появленію соціологической, антропологической, психологической и другихъ школъ правовѣдѣнія. Вполнѣ привѣтствуя это расширеніе области научныхъ знаній, необходимо самымъ энергичнымъ образомъ настаивать на томъ, что право нельзя растворять въ тѣхъ сферахъ явленій, съ которыми оно соприкасается и связано, и что юридическая наука въ болѣе тѣсномъ смыслѣ имѣетъ свои спеціальныя задачи. На всей исторіи права можно было бы показать, что роль юридической науки, какъ таковой, всегда заключалась въ томъ, чтобы изолировать право отъ другихъ проявленій индивидуальной и соціальной жизни и этимъ путемъ отстаивать его непреложную дѣйственность. Юридическая наука во всемъ ея объемѣ, т.-е. начиная отъ чисто описательнаго правовѣдѣнія и заканчивая разработкой общихъ принциповъ юриспруденціи и философіей права, всегда проводила и должна будетъ проводить идею о самоцѣнности и автономности права, какъ такового. Не дѣлая этого, она не выполняла бы одной изъ самыхъ высокихъ своихъ задачъ.

Но если принять во вниманіе все вышесказанное о нашей современной правовой дѣйствительности, то надо признать особенно важнымъ, чтобы юридическая наука выполняла это свое высокое назначеніе у насъ въ Россіи. Совѣтъ Московскаго Юридическаго Общества и группа членовъ Московскаго и Петербургскаго Юридическихъ Обществъ, объединившихся вокругъ «Юридическаго Вѣстника», считаютъ основной своей задачей — способствовать признанію за правомъ самостоятельнаго и автономнаго значенія въ нашей жизни. Они исходятъ изъ того убѣжденія, что только тогда, когда право будетъ разсматриваться у насъ не какъ средство для достиженія тѣхъ или другихъ цѣлей, а какъ самостоятельная

Digitized by Google

цѣль, — у насъ будетъ созданъ устойчивый и разумный правопорядокъ. А если, какъ отмѣчено выше, передъ сознаніемъ русскаго человѣка никогда еще не вставало съ такою ясностью поразительное паденіе у насъ авторитета права, то, съ другой стороны, никогда еще Россія не нуждалась такъ въ авторитетномъ правѣ, какъ именно теперь. Не только наше внутреннее матеріальное и духовное развитіе, но и наше внѣшнее могущество въ концѣ-концовъ зависятъ отъ того, насколько право дѣйствительно будетъ господствовать въ нашей жизни.

Будетъ совершенно неправильно, если наше намѣреніе отстаивать самостоятельное и независимое положеніе права въ жизни русскаго народа будетъ понято въ томъ смыслѣ, что мы стремимся къ юридическому формализму или къ такъ называемой юриспруденціи понятій. Эти излишества юридическаго метода уже давно пережиты, ихъ ошибочность давно сознана юридическимъ міромъ и они болѣе никогда не возродятся. Намъ нужна не юридическая форма, не господство юридическихъ понятій, а дѣйственное право. Изолируя право отъ всѣхъ окружающихъ его условій, мы не игнорируемъ эти условія и не закрываемъ передъ ними глаза. Напротивъ, мы даже получаемъ возможность болѣе точно опредѣлить ихъ вліяніе и силу.

Стремленіе редакціоннаго комитета Юридическаго Вѣстника, параллельно съ разработкой права удѣлять вниманіе и изслѣдованію соціальныхъ явленій выражается и внѣшнимъ образомъ въ томъ, что Юридическій Вѣстникъ издается при содѣйствіи Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ. Въ прошломъ само Юридическое Общество при Императорскомъ Московскомъ университетѣ объединяло и представителей юриспруденціи, и представителей соціальныхъ наукъ, а потому и органъ его, прежній Юридическій Вѣстникъ, былъ, естественно, общимъ органомъ для этихъ обѣихъ отраслей знанія. Теперь при измѣнившихся условіяхъ новый Юридическій Вѣстникъ будетъ слѣдовать традиціямъ своего предшественника и будетъ удѣлять мѣсто и работамъ по соціально-экономическимъ вопросамъ.

Основная цѣль Юридическаго Вѣстника — отвоевать праву подобающее ему положеніе въ нашей жизни — будетъ проводиться на страницахъ нашего изданія, какъ при изслѣдованіи теоретическихъ вопросовъ юриспруденціи, такъ и при обсужденіи

Digitized by Google

повседневныхъ явленій нашей правовой дѣйствительности, и нашей судебной практики, такъ, наконецъ, и при оцѣнкѣ новой юридической литературы.

Итакъ, мы приступаемъ къ нашему дѣлу съ вѣрой въ то, что право въ нашемъ отечествѣ въ ближайшемъ будущемъ станетъ, наконецъ, оказывать то благотворное дѣйствіе на всѣ области личной и общественной жизни, которое оно оказываетъ въ другихъ культурныхъ странахъ. Посильно способствовать этому путемъ научной разработки права и составляетъ нашу главную задачу.

Б. Кистяковскій.

Digitized by Google

Современное положеніе проблемы естественнаго права[1].

Прошло двадцать пять лѣтъ съ тѣхъ поръ, какъ въ Германіи впервые заговорили о возрожденіи естественнаго права, — періодъ времени, достаточный для того, чтобы опредѣлились результаты этого новаго и интереснаго теченія въ философіи права. Теченіе это проявилось также въ Россіи и во Франціи. Нѣкогда отвергнутая и поруганная проблема естественнаго права снова заняла почетное мѣсто въ новѣйшей философской и юридической литературѣ и въ настоящее время уже безъ ироніи и удивленія воспринимаются сужденія объ естественномъ правѣ въ ученыхъ сочиненіяхъ, докладахъ и спорахъ. Представляется интереснымъ дать себѣ отчетъ въ томъ, что же получили мы въ результатѣ этого движенія и въ какой мѣрѣ въ наши дни оказалось возможнымъ возрожденіе старой доктрины?

Но прежде, чѣмъ искать отвѣта на этотъ вопросъ, мы должны выяснить, гдѣ именно слѣдуетъ его искать. Если взять тѣ имена и сочиненія, которыя нерѣдко выдвигаются въ связи съ вопросомъ о возрожденіи естественнаго права, то окажется, что въ крупнѣйшихъ теоретическихъ работахъ нашихъ дней проблема естественнаго права не только не была разработана, но скорѣе была устранена и замѣнена другими проблемами. Два писателя въ особенности выдвинулись въ новѣйшей философіи права; это — Штаммлеръ и Петражицкій, и объ обоихъ этихъ писателяхъ слѣдуетъ сказать, что старая доктрина у нихъ не возродилась, а замѣнилась совершенно новой и иной доктриной.

---

[1]) Выражая здѣсь съ афористической краткостью основныя свои воззрѣнія на естественное право, я долженъ оправдать эту краткость задачей настоящаго очерка, — быть одной изъ вступительныхъ статей первой книжки новаго журнала. Тѣ же идеи я развиваю въ печатаемомъ мною въ журналѣ «Вопросы фил. и псих.» сочиненіи: «Объ общественномъ идеалѣ» и въ подготовляемомъ къ печати трудѣ: «Возрожденіе естественнаго права».

Digitized by Google

Штаммлеру принадлежитъ заслуга впервые поставить самую проблему о возрожденіи естественнаго права. Въ 1888 году, когда господствовали совершенно иные взгляды, съ юношеской смѣлостью онъ выступилъ на защиту старыхъ основъ. Въ своей замѣчательной брошюрѣ «Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie» онъ показалъ, что есть въ теоріи права вопросы, которыхъ господствующая теорія не ставитъ и которыхъ, однако, нѣтъ возможности отрицать. Онъ тогда же связалъ эти вопросы съ проблемой естественнаго права. За этимъ первымъ юношескимъ выступленіемъ Штаммлера послѣдовали болѣе крупные его труды. Съ теченіемъ времени они увеличивались и въ объемѣ и въ притязательности автора, но вмѣстѣ съ тѣмъ они все болѣе отводили его отъ той проблемы, которую онъ первоначально поставилъ. Въ 1896 году онъ выпустилъ свой извѣстный трудъ «Recht und Wirtschaft», и здѣсь естественному праву удѣлено было много вниманія. Но самая главная идея этого труда — естественное право съ измѣняющимся содержаніемъ — есть идея противорѣчивая и несостоятельная. Это попытка эклектически сочетать старыя философскія воззрѣнія съ историческимъ созерцаніемъ. Но какъ всякая попытка эклектическаго характера, она не могла удовлетворить ни одну изъ сторонъ, которыя хотѣла примирить: для философовъ тутъ дается слишкомъ мало, для историковъ — слишкомъ много. Что идеальныя представленія о правѣ мѣняются съ измѣненіемъ историческихъ условій, это фактъ, не подлежащій сомнѣнію но не мѣняется тотъ идеальный критерій, который является масштабомъ для оцѣнки прогресса въ правѣ. И если подъ естественнымъ правомъ понимать именно этотъ идеальный и безусловный критерій, то слѣдуетъ сказать, что естественное право съ измѣняющимся содержаніемъ есть contradictio in adjecto. Идеальный критерій съ измѣняющимся содержаніемъ это еще болѣе противорѣчивое понятіе, чѣмъ метръ съ измѣняющейся длиной или килограммъ съ измѣняющимся вѣсомъ. Мѣры вѣса и длины бываютъ разныя у разныхъ народовъ; но не можетъ быть различнымъ тотъ идеальный принципъ, который правду дѣлаетъ правдой и даетъ высшую санкцію праву. Столь же неудачной слѣдуетъ признать и основную формулу естественнаго права, которую предложилъ Штаммлеръ: «Gemeinschaft frei wollender Menschen». Онъ хорошо понялъ, что проблема естественнаго права есть также и проблема общественнаго идеала. Послѣдній отдѣлъ его книги и посвящается опредѣленію общественнаго идеала, но здѣсь Штаммлеръ всецѣло остается на почвѣ субъективнаго индивидуализма, не возвышаясь и не будучи въ состояніи

Digitized by Google

возвыситься къ этическому понятію общества. Устанавливаемая Штаммлеромъ норма общественности имѣетъ въ виду не качественно новое проявленіе лицъ во взаимодѣйствіи ихъ многообразныхъ индивидуальностей, а только количественное повтореніе ихъ однородныхъ притязаній. Понятіе общества тутъ въ сущности уничтожается: мысль не выходитъ изъ предѣловъ личности въ ея отвлеченной общности и самобытной законченности. Но «Recht und Wirtschaft» есть только обѣщаніе, за которымъ впереди ожидалось и предвидѣлось положительное построеніе. Въ 1902 году дѣйствительно появилось новое сочиненіе Штаммлера: «Die Lehre von dem richtigen Rechte». Здѣсь писатель дѣлаетъ опытъ дать то свое построеніе, въ которомъ онъ видитъ практическое разрѣшеніе поставленной ранѣе проблемы. Соціальный идеалъ является здѣсь въ новой роли: онъ долженъ регулировать практику положительнаго права и судебнаго оборота. Всякое право, въ томъ числѣ и положительное, есть Zwangsversuch zum Richtigen. Опредѣлить принципы правильнаго права, выведенные изъ соціальнаго идеала, — вотъ что становится теперь задачей Штаммлера. Но повернуть такимъ образомъ проблему естественнаго права, не значитъ ли замѣнить ее совершенно новой проблемой? Съ высоты абсолютнаго и вѣчнаго идеала оно вводится въ суету ежедневнаго оборота. Идея творческаго значенія естественнаго права для преобразованія законодательства замѣняется стремленіемъ къ регулированію судебной практики права. Въ этомъ замыслѣ было, несомнѣнно, нѣчто новое, но еще болѣе было въ немъ спорнаго. И во всякомъ случаѣ, здѣсь не было того, что было обѣщано ранѣе: вмѣсто стараго естественнаго права получилась новая идея «правильнаго права», которая и осталась личнымъ достояніемъ Штаммлера.

Другой изъ названныхъ мною писателей, — Петражицкій — въ отношеніи къ идеѣ естественнаго права имѣлъ ту же участь: и онъ не возродилъ старую доктрину, а замѣнилъ ее совершенно новою и иною. Петражицкій выступилъ въ защиту естественнаго права позднѣе Штаммлера, но онъ шелъ совершенно независимо отъ своего нѣмецкаго предшественника. Онъ сдѣлалъ опытъ заново обосновать идею политики права, которую онъ обѣщалъ развить въ цѣлую науку. Однако, съ Петражицкимъ — proportion gardée — случилось то же, что съ Колумбомъ: отыскивая путь въ Индію, онъ открылъ Америку. Ища обоснованія для своего пониманія естественнаго права и для построенія политики права, онъ нашелъ психологическую теорію права, на которой и остановился. Я нисколько не хочу умалять значеніе психологической теоріи Петражицкаго; для меня несомнѣнно, что она представляетъ крупную

Digitized by Google

заслугу этого выдающагося юриста. Но обоснованія идеи естественнаго права мы все же у него не находимъ, и я думаю, что для того, кто хочетъ искать такого обоснованія, психологическая теорія права опорой быть не можетъ. Если и согласиться съ авторомъ, что для политики права его психологическая теорія можетъ имѣть значеніе, то для философіи естественнаго права помощи отъ нея ждать нельзя. Нельзя не отмѣтить также, что введенная Петражицкимъ категорія интуитивнаго права — едва ли удачное обозначеніе для стараго понятія правосознанія — совершенно не совпадаетъ съ понятіемъ естественнаго права. Ясно сознавая это несовпаденіе, Петражицкій замѣчаетъ, что нельзя искать руководства для критики положительнаго права и его совершенствованія «въ интуитивномъ правѣ или вообще въ индивидуальномъ «идеальномъ» этическомъ сознаніи». Съ этимъ можно вполнѣ согласиться, но никакъ нельзя согласиться съ тѣмъ, чтобы политика и законодательство не нуждались въ руководящемъ свѣтѣ того естественнаго права, которое представляетъ собою не субъективное этическое сознаніе, а объективную основу идеальнаго правосознанія. Естественное право въ этомъ смыслѣ столь мало субъективно, что оно можетъ быть опредѣлено съ точностью аксіомъ математики.

Но если и Штаммлеръ, и Петражицкій дали намъ не возрожденіе естественнаго права, а нѣчто новое и свое, то не происходитъ ли это оттого, что самая задача этого возрожденія была неосуществимой мечтой. Призывая къ жизни старую доктрину, не пытались ли они оживить призраки и тѣни? Наполняя новымъ содержаніемъ старую форму, они, въ сущности, разорвали эту форму и отбросили ее. Но, быть-можетъ, случилось это оттого, что забыли они старый завѣтъ: не вливайте вина новаго въ мѣха старые.

Здѣсь мы снова должны поставить прежній вопросъ: въ какой мѣрѣ вообще возможно теперь возрожденіе старой доктрины естественнаго права. Я отвѣчу на этотъ вопросъ, опираясь не на какую либо опредѣленную юридическую теорію, а на сложную совокупность впечатлѣній мысли и жизни нашего времени, какъ я ихъ понимаю. И отвѣтъ мой будетъ совершенно иной, чѣмъ тотъ, на который наводитъ судьба исканій Штаммлера и Петражицкаго. Въ дѣлѣ возрожденія естественнаго права слѣдуетъ, какъ мнѣ кажется теперь, итти гораздо далѣе, чѣмъ думаютъ обыкновенно и чѣмъ я самъ думалъ ранѣе, когда впервые въ 1896 году выступилъ на защиту старой доктрины[1]).

[1]) Здѣсь умѣстно разсѣять одно недоразумѣніе. По нѣкоторымъ замѣчаніямъ Л. І. Петражицкаго (напр., «Теорія права», 2-ое изд., т. 2, стран. 476)

Digitized by Google

Два упрека дѣлались обыкновенно естественному праву, что оно отрицало историческое различіе правовыхъ системъ и что оно требовало права неизмѣннаго для всѣхъ временъ и народовъ. Стремясь исправить старую доктрину, Штаммлеръ и предлагалъ свою формулу: «естественное право съ измѣняющимся содержаніемъ». Пора однако покончить съ этимъ недоразумѣніемъ. Естественное право, какъ показываетъ болѣе внимательное изученіе его исторіи, вовсе не отрицало историческихъ различій и вовсе не пыталось создать единой системы права[1]). Оно стремилось не къ неизмѣнной системѣ права, а къ неизмѣнному идеалу или принципу права, и въ этомъ отношеніи оно было гораздо ближе къ истинѣ, чѣмъ современные послѣдователи Штаммлера съ его формулой измѣняющагося естественнаго права. Въ возрожденіи естественнаго права надо итти за Канта къ Гуго Гроцію и даже къ Сократу. Надо отбросить эклектическую и половинчатую формулу Штаммлера и возстановить старую истину о неизмѣнномъ естественномъ правѣ. Слѣдуетъ только помнить, что рѣчь идетъ здѣсь не о неизмѣнной системѣ нормъ права, которая должна замѣнить собою когда-либо измѣнчивое положительное право, а о неизмѣнномъ идеалѣ или принципѣ права, который всегда направлялъ и всегда будетъ направлять развитіе положительнаго права. Стремленія старыхъ учителей естественнаго права заключались въ томъ, чтобы найти идеалъ права, который не мѣняется отъ одного дня къ другому, а имѣетъ значеніе всегда и вездѣ. Они одушевлены были вѣрой, что есть общая и обязательная для всѣхъ людей и вѣковъ правда, соотвѣтствіе съ которой даетъ смыслъ и оправданіе всякому относительному и временному праву, и что эту общую вѣчную правду надо юристу прежде всего знать и почитать. Человѣческіе законы суть братья законовъ божественныхъ, говорилъ Сократъ; по родству своему съ естественнымъ правомъ получаетъ нравственную санкцію и положительное право. Но эта санкція не можетъ исходить отъ какого-то мѣняющагося и относительнаго естественнаго права,

---

можно заключить, что по его мнѣнію я, какъ и нѣкоторые другіе авторы, въ томъ числѣ Штаммлеръ, къ идеѣ возрожденія естественнаго права пришли по его слѣдамъ. На самомъ дѣлѣ, когда я писалъ свою первую диссертацію, я не прочелъ изъ сочиненій Петражицкаго ни строчки; а когда Штаммлеръ писалъ свою брошюру «Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie», этихъ сочиненій и вовсе не существовало. И въ дальнѣйшихъ моихъ работахъ выводы Петражицкаго остались мнѣ совершенно чуждыми и никогда я изъ нихъ не исходилъ, что не мѣшало мнѣ весьма высоко оцѣнивать его научную работу. Точно также по исходнымъ пунктамъ своимъ Штаммлеръ всегда былъ совершенно независимъ отъ построеній Петражицкаго: ни о какомъ заимствованіи или вліяніи тутъ не можетъ быть и рѣчи.

[1]) Убѣдительное развитіе этого взгляда дано Н. Н. Алексѣевымъ въ его статьѣ: «Естественное право и историзмъ», «Вопросы права», 1911 г., № 1.

Digitized by Google

которое сегодня одно, а завтра другое: она можетъ даваться только вѣчнымъ и безусловнымъ идеаломъ правды, предъ которымъ одинаково должны преклониться и прошлое, и настоящее, и будущее.

Но возможно ли этотъ идеалъ установить? Я думаю, что на это служитъ отвѣтомъ вся исторія философіи права. При тщательномъ изученіи ея въ ней поражаетъ не столько различіе смѣнявшихся воззрѣній, сколько единство въ пониманіи идеальныхъ началъ. Старая истина Сократова ученія о правдѣ такъ же наполняетъ насъ энтузіазмомъ, какъ если бы онъ жилъ въ наши дни. Есть нѣкоторая живая сила правды и добра, которая свѣтитъ черезъ всю исторію, какъ неугасимый свѣтъ вѣчной истины. И не только въ общемъ стремленіи, но и въ основныхъ принципахъ можно прослѣдить въ исторіи это единство идеала правды. А если укажутъ эпохи, когда этотъ идеалъ не сознавался, то это столь же мало подрываетъ его безусловное значеніе, какъ мало колеблетъ силу математическихъ аксіомъ то обстоятельство, что нѣкогда онѣ не были извѣстны.

Съ точки зрѣнія, высказанной мною, естественное право является тѣмъ идеальнымъ и безусловнымъ предѣломъ, къ которому тяготѣетъ всякая система положительнаго права. Никогда этотъ предѣлъ не можетъ быть полностью достигнутъ или осуществленъ: лишь отчасти осуществляется онъ въ дѣйствительности. Но зато онъ осуществляется всегда и вездѣ, хотя и въ разныхъ формахъ, и въ разной степени, смотря по историческимъ условіямъ. И отсюда вытекаетъ еще одинъ важный для насъ выводъ: не было и не могло быть эпохи, когда бы идея естественнаго права не проявлялась въ правовыхъ системахъ и въ правовомъ сознаніи. Та или иная философская система могла эту идею отвергнуть, но въ нравственномъ сознаніи и въ жизни она живетъ неискоренимо и неизбѣжно. Вотъ почему и возрожденіе естественнаго права можетъ означать не воскрешеніе идеи, которая никогда не умирала, а только возстановленіе теоретическаго признанія ея, которое временно было затемнено подъ вліяніемъ одностороннихъ взглядовъ.

И дѣйствительно, пусть историческая школа юристовъ отвергла теорію естественнаго права, пусть современные юристы въ поискахъ естественнаго права иногда слишкомъ далеко уходятъ отъ него, — но развѣ это измѣняетъ существо дѣла? Обращаясь къ современнымъ идеальнымъ представленіямъ будущаго, которыя мы находимъ въ ученіяхъ соціализма и анархизма, вникая въ современныя юридическія построенія дѣйствующаго права, мы съ ясностью видимъ, какъ вліяніе идеи естественнаго права совершаетъ въ нихъ

Digitized by Google

свою неустанную творческую и преобразующую работу. Въ особенности слѣдуетъ отмѣтить, что въ современной намъ теоріи публичнаго права — у Іеллинека, Дюги, Краббе и другихъ — съ какой-то непосредственной силой пробивается эта творческая идея. Пусть новѣйшіе теоретики воздвигаютъ свои прихотливыя и затѣйливыя зданія, въ которыхъ style moderne вытѣсняетъ старые образцы, но жизнь идетъ своимъ чередомъ, какъ она шла всегда и всегда будетъ идти. И въ этомъ непосредственномъ жизненномъ дѣйствіи своемъ естественное право проявляетъ свою вѣчную, неумирающую сущность.

П. Новгородцевъ.

Digitized by Google

Къ вопросу о предметѣ и характерѣ теоретической экономіи.

(Историческое и теоретическое направленія.)

Вліяніе исторической школы въ политической экономіи до сихъ поръ еще сказывается въ скептическомъ отношеніи къ теоретической экономіи. Сомнѣніе въ возможности таковой, внушаемое представителями историзма, особенно въ его крайнихъ направленіяхъ, нельзя еще считать окончательно разсѣяннымъ. Если не всегда откровенно высказываютъ его, то очень часто раздѣляютъ.

Между тѣмъ экономическая мысль какъ разъ въ настоящее время дѣятельно работаетъ надъ возрожденіемъ теоретической экономіи. Это движеніе происходитъ въ извѣстной мѣрѣ подъ знакомъ возврата къ ученіямъ классической школы, особенно въ вопросахъ экономической методологіи. Абстрактный методъ, называемый также методомъ изоляціи, вновь пріобрѣтаетъ утраченное было значеніе; и вмѣстѣ съ тѣмъ научное наслѣдіе классиковъ, такъ низко оцѣнивавшееся многими экономистами историческаго направленія, получаетъ новую, и очень высокую оцѣнку.

«Конечно», замѣчаетъ Адольфъ Веберъ, «не въ силу научныхъ [1]) преимуществъ такъ легко досталась историзму побѣда надъ классицизмомъ... Несмотря на выдающіяся научныя заслуги историзма остается все же справедливымъ то, что на научномъ поприщѣ онъ даже не далъ классицизму рѣшительнаго сраженія и тѣмъ менѣе выигралъ его» [2]).

Отличительной чертой современнаго движенія является, однако, то, что оно не ограничивается предѣлами сравнительно узкаго вопроса о методѣ политической экономіи, который когда-то съ такой классической ясностью мысли трактовалъ Кэрнсъ (The

---

[1]) Разрядка подлинника.

[2]) Ad. Weber. Die Aufgaben der Volkswirtschaftslehre als Wissenschaft. 1909, стран. 30.

Digitized by Google

character and logical method of political economy). Въ связи съ новѣйшими теченіями въ философіи и логикѣ изслѣдователи общихъ вопросовъ политической экономіи стремятся выяснить теоретико-познавательныя основы экономическаго знанія. Основная проблема состоитъ въ установленіи принципіальныхъ предпосылокъ политической экономіи и въ частности экономической теоріи.

Вотъ какъ одинъ изъ новѣйшихъ изслѣдователей, Амоннъ, характеризуетъ современную постановку общихъ вопросовъ экономической науки: «Старый споръ объ индукціи и дедукціи, говоритъ онъ, не представляетъ болѣе ни для кого серіознаго интереса, онъ служитъ выраженіемъ первой, наивной, неоріентированной постановки всей проблемы. Теперь уже все сводится къ принципіальной точкѣ отправленія... Нельзя уже болѣе аргументировать только за или противъ опредѣленныхъ р ѣ ш е н і й. Все зависитъ отъ принципіальной п о с т а н о в к и п р о б л е м ы [1]). И при этомъ необходимо прежде всего имѣть въ виду, что политико-экономическая проблема о методѣ (въ обычномъ широкомъ смыслѣ) есть настолько же проблема логики какъ и политической экономіи, — и, конечно, не меньше проблема политической экономіи, чѣмъ логики. Логикъ не можетъ разрѣшить ее для политической экономіи, а политико-экономъ не въ состояніи сдѣлать того же, не оріентировавшись въ логикѣ. А это оріентированіе должно начинаться ближайшимъ образомъ съ отвѣта на логическій вопросъ о взаимномъ отношеніи трехъ особыхъ проблемъ, заключающихся въ общей проблемѣ о методѣ, именно: объ объектѣ, задачѣ и методѣ, и съ установленія теоретико-познавательнаго смысла этихъ понятій»[2]).

Понимаемая такъ широко проблема экономической методологіи получаетъ значеніе проблемы объ основныхъ предпосылкахъ и понятіяхъ политической экономіи.

Передъ экономистами встали на очередь тѣ же принципіальные вопросы познанія, которые выдвинуты философскимъ движеніемъ новѣйшаго времени. Это вопросы о предпосылкахъ политической экономіи, какъ самостоятельной науки, или о тѣхъ теоретико-познавательныхъ основаніяхъ, по которымъ устанавливается специфически экономическая точка зрѣнія на дѣйствительность. Споръ о признакахъ «экономическаго», или о такъ называемомъ экономическомъ явленіи возникъ на этой же почвѣ.

---

[1]) Р а з р я д к а вездѣ подлинника.
[2]) A. Amonn. Objekt und Grundbegriffe der Theoretischen Nationalökonomie, 1911, стр. 4.

Digitized by Google

Современное направленіе экономической мысли, въ соотвѣтствіи съ новѣйшими теченіями философіи, не могло не затронуть и вопроса о предметѣ и характерѣ теоретической экономіи. И эта проблема ставится въ политической экономіи на почву общей проблемы о природѣ теоретическаго знанія и его отношеніи къ историческому, о методахъ «генерализирующемъ» и «индивидуализующемъ», объ общемъ и индивидуальномъ[1]). Точка зрѣнія Риккерта въ этой области успѣла уже глубоко проникнуть въ умы экономистовъ и оказала сильное вліяніе какъ на постановку соотвѣтствующихъ вопросовъ въ политической экономіи, такъ и на ихъ рѣшеніе.

Что̀ теоретическая экономія не только возможна, но и необходима, объ этомъ въ настоящее время не спорятъ. Въ сущности принципіально теоріи никогда не отрицали и представители исторической школы; но, какъ указалъ впервые Менгеръ въ своемъ извѣстномъ сочиненіи о методѣ, они не сознавали принципіальнаго различія между исторіей и теоріей. Послѣдняя представлялась имъ обобщеннымъ описаніемъ, долженствующимъ охватить эмпирическую дѣйствительность въ цѣломъ[2]). Вопроса о логическихъ особенностяхъ такого описанія, отличающихъ его отъ эмпирическаго познанія, у нихъ не возникало. Они сознавали только, что теорія имѣетъ дѣло съ общимъ, типическимъ въ противоположность индивидуальному. Но вслѣдствіе отсутствія принципіальной постановки вопроса, понятіе экономической теоріи оставалось смутнымъ. Не освободилось оно отъ этой смутности и до настоящаго времени у маститаго представителя историзма, Шмоллера, какъ это видно изъ слѣдующихъ разсужденій его о предметѣ теоретической экономіи. «Она (теор. экон.), говоритъ Шмоллеръ, систематически и принципіально стремится создать цѣлое изъ несовершенныхъ обрывковъ нашихъ познаній; она идетъ отъ общаго къ частному, привлекаетъ конкретное скорѣе для иллюстраціи истинъ, которыя она считаетъ возможнымъ проповѣдывать. Она даетъ начинающему общій очеркъ; а для ученаго представляетъ попытку возвести частное на уровень общихъ истинъ»[3]).

Существенный шагъ впередъ, сдѣланный новѣйшимъ движеніемъ экономической мысли, сравнительно съ воззрѣніями на экономическую теорію исторической школы, состоитъ въ выясненіи

---

[1]) Очеркъ исторіи и современнаго состоянія вопроса о наукахъ объ общемъ и индивидуальномъ см. въ книгѣ проф. В. М. Хвостова «Теорія историческаго процесса», 1910, стр. 84 и сл.

[2]) См. Oth. Spann. Wirtschaft und Gesellschaft, 1907, стран. 15 и сл. Amonn, цит. соч., стран. 43 и сл.

[3]) См. Volkswirtschaftslehre въ HWB.

Digitized by Google

логической природы теоріи и въ принципіальномъ отдѣленіи ея отъ эмпирическаго знанія. Стремленіе историковъ охватить эмпирическую дѣйствительность съ помощью теоретическихъ построеній не выдерживаетъ критики съ точки зрѣнія общихъ предпосылокъ всякаго теоретическаго знанія. Послѣднее всегда абстрактно, потому что составляетъ выводъ изъ посылокъ, отвлеченныхъ отъ дѣйствительности, и поэтому всегда представляетъ не эмпирическую дѣйствительность въ цѣломъ, а только нѣкоторыя абстрагированныя черты ея.

«Отъ непосредственно познаваемой опытомъ дѣйствительности исходитъ всякая эмпирическая наука, говоритъ Амоннъ, формулируя исходную точку своего изслѣдованія, но эмпирическая дѣйствительность въ цѣломъ не укладывается ни въ какое научное изложеніе. Таковое необходимо и всегда уже заключаетъ въ себѣ логическую переработку опыта... Объектъ, характеризующій настоящую самостоятельную науку или научное изложеніе, не есть дѣйствительный конкретный объектъ опыта, который какъ таковой можетъ лежать въ основѣ нѣсколькихъ совершенно различныхъ наукъ, а принципіально недѣйствительный, мыслимый объектъ познанія» [1]).

Вотъ этого разграниченія между объектомъ опыта и объектомъ познанія и не доставало исторической школѣ, и это помѣшало ей установить точное понятіе о предметѣ и характерѣ экономической теоріи въ отличіе отъ такъ называемой прикладной экономики.

Не сознавали того же различія и экономисты классической школы, но пользуясь абстрактнымъ методомъ изслѣдованія, они фактически стояли на вѣрномъ пути: ихъ теоретическія построенія, независимо отъ правильности содержанія послѣднихъ, представляли собою подлинную научную теорію. Отсюда сродство новѣйшихъ теченій экономической мысли съ классической школой, въ особенности въ лицѣ Рикардо.

Исходя отъ природы теоретическаго знанія, современная экономика стремится построить «чистую» теорію, какъ систему абстрактныхъ положеній, полученныхъ съ помощью метода изолированія. Это должна быть, по мнѣнію Альфреда Вебера, «теорія независимая отъ какого-либо конкретнаго вида хозяйства», «отъ всякой опредѣленной формы дѣйствительности». Тотъ же изслѣдователь полагаетъ, что такая теорія должна служить «исходной точкой для достаточно обоснованнаго, конечнаго, поскольку это вообще мыслимо, охвата всего разнообразія жизни» [2]).

---

[1]) Цит. соч., стр. 28 и сл.
[2]) Ueber den Standort der Industrien, 1909.

Digitized by Google

Принципіальная постановка вопроса о характерѣ экономической теоріи, въ связи съ господствующими направленіями философской мысли, составляетъ одну изъ главныхъ заслугъ новѣйшихъ экономистовъ-теоретиковъ: она ставитъ основныя проблемы политической экономіи на твердую почву. Но вопросъ о томъ, чѣмъ на самомъ дѣлѣ должна быть экономическая теорія, одной принципіальной постановкой проблемы еще не разрѣшается.

Политической экономіи приходится имѣть дѣло съ явленіями, протекающими въ обстановкѣ, которая постоянно измѣняется во времени и въ пространствѣ. Условія экономической жизни одного народа не похожи на условія жизни другого народа; одна историческая эпоха существеннѣйшимъ образомъ отличается въ отношеніи хозяйственнаго строя отъ другой эпохи. Поэтому и возникаетъ вопросъ, возможно ли вообще построить экономическую теорію, независимую отъ какого-либо конкретнаго вида хозяйства? Въ рецензіи на цитированную книгу Альфреда Вебера Зомбартъ, имѣя въ виду разнообразіе экономической дѣйствительности, выразилъ свое удовольствіе по поводу того, что Веберъ на самомъ дѣлѣ не выполнилъ поставленной себѣ задачи и построилъ вмѣсто чистой теоріи, высоко парящей надъ историческими эпохами, теорію, обусловленную опредѣленнымъ историческимъ періодомъ. И это замѣчаніе вѣрно вообще по отношенію къ теоретическимъ построеніямъ, претендующимъ на внѣисторичность. Такъ называемая «чистая теорія» на самомъ дѣлѣ всегда бываетъ построена на предпосылкахъ, добрая половина которыхъ относится къ «опредѣленной формѣ дѣйствительности». Выводы чистой теоріи обусловлены экономическимъ строемъ, основаннымъ на свободѣ соперничества, трехчленномъ раздѣленіи продукта и т. д.

Историческій элементъ неудержимо проникаетъ въ экономическую теорію, привязывая ее къ исторической дѣйствительности въ гораздо большей степени, чѣмъ это представлялось бы допустимымъ съ точки зрѣнія «чистой» теоріи.

Отношеніе между экономической теоріей и исторіей, принципіально устанавливаемое вполнѣ ясно съ точки зрѣнія логической природы теоретическаго знанія, представляетъ собою открытую проблему, когда рѣчь заходитъ о дѣйствительномъ построеніи теоретической экономіи.

Практика жизни давала до сихъ поръ рѣшеніе этого вопроса преимущественно съ точки зрѣнія потребностей преподаванія.

Въ своемъ настоящемъ видѣ такъ называемая теорія политической экономіи представляетъ конгломератъ свѣдѣній, отнюдь не одного только теоретичексаго характера. Для педагогическихъ цѣлей

Digitized by Google

соединеніе теоріи съ прикладной экономикой представляетъ свои безспорныя удобства, тѣмъ болѣе что преподаваніе политической экономіи начинается съ «теоретическаго» курса, который долженъ такимъ образомъ служить введеніемъ въ экономическую науку. Такое введеніе не можетъ быть строго заключено въ рамки теоріи въ точномъ смыслѣ слова; оно должно быть не столько теоретическимъ, сколько «общимъ» курсомъ, преслѣдующимъ пропедевтическія задачи.

Иное дѣло съ чисто научной точки зрѣнія: экономическая теорія должна быть системой исключительно теоретическаго знанія.

Первыми опытами разрѣшенія вопроса объ отношеніи экономической теоріи и исторіи служатъ попытки разграничить положенія экономической теоріи по степени ихъ общности. Одни изъ этихъ положеній признаются научными истинами, относящимися ко всѣмъ временамъ и народамъ, а другія — имѣющими приложеніе только въ конкретной, исторической и бытовой обстановкѣ.

Исходя изъ этого взгляда, одни различаютъ экономическія категоріи — логическія и историческія, а другіе говорятъ объ экономическихъ законахъ, имѣющихъ историческое и надисторическое значеніе. Логическія категоріи и надисторическіе законы — это тѣ положенія экономической теоріи, которыя основаны на предносылкахъ, не связанныхъ съ конкретной исторической эпохой; историческіе же законы или категоріи остаются и падаютъ вмѣстѣ съ конкретными историческими условіями.

Развивая ту же мысль Филипповичъ, опираясь на Менгера, разграничиваетъ теорію чистую и эмпирическую, или эмпирико-реалистическую. Первая выдѣляетъ одинъ хозяйственный мотивъ и слѣдитъ за его типическими проявленіями,— сначала въ изолированномъ хозяйствѣ, а затѣмъ въ соціальной обстановкѣ двухъ принципіально различныхъ типовъ народныхъ хозяйствъ: мѣнового, основаннаго на свободѣ личности и правѣ частной собственности, и общественно-организованнаго, характеризуемаго планомѣрнымъ веденіемъ хозяйства самимъ обществомъ, при отсутствіи права собственности. Таковъ предметъ чистой теоріи. Напротивъ, эмпирическая, или эмпирико-реалистическая теорія, изучаетъ закономѣрно повторяющіяся явленія въ опредѣленномъ народно-хозяйственномъ строѣ и устанавливаетъ ихъ взаимоотношенія[1]).

Экономическая теорія дѣйствительно представляетъ собою въ настоящее время соединеніе научныхъ положеній двухъ родовъ. Одни изъ этихъ положеній составляютъ выводы изъ данныхъ

([1] E. Philippovich. Grundriss der Pol. Oek.

Digitized by Google

человѣческой психики, остающихся неизмѣнными, если не на протяженіи всей исторіи человѣчества, то во всякомъ случаѣ для ряда историческихъ эпохъ. Понятіе цѣнности составляетъ продуктъ психическихъ переживаній субъекта, оцѣнивающаго внѣшній міръ съ точки зрѣнія своихъ потребностей въ матеріальныхъ предметахъ. Эти переживанія по существу были такими же у древняго грека, какъ и у современнаго человѣка. Законъ цѣнности, основанный на принципѣ предѣльной полезности, если онъ вѣренъ вообще, вѣренъ для всѣхъ временъ и народовъ. Это логическая категорія политической экономіи или надисторическій законъ.

Положенія второго рода, составляющія содержаніе современной экономической теоріи, относятся почти исключительно къ текущему историческому періоду, т.-е. представляютъ собою ученіе о капиталистическомъ хозяйствѣ. При этомъ только часть этого матеріала состоитъ изъ констатированія закономѣрностей, значительная же, если не бо̀льшая часть, носитъ характеръ описательный или относится къ области экономической политики. Это и есть такъ называемая эмпирическая или эмпирико-реалистическая теорія.

Возможна ли, однако, въ строго научномъ смыслѣ эмпирическая теорія? Вѣдь эмпирическимъ является такое знаніе, которому какъ разъ не достаетъ признака теоріи: въ то время какъ послѣдняя всегда имѣетъ характеръ правилъ общаго значенія, первое всегда служитъ только объясненіемъ конкретнаго явленія. Амоннъ справедливо усматриваетъ въ такъ называемой эмпирико-реалистической теоріи логическую ошибку и внутреннее противорѣчіе, источникомъ которыхъ онъ считаетъ недостаточно ясное пониманіе соотношенія между теоріей и дѣйствительностью. Противорѣчіе заключается въ томъ, что сущность «эмпирико-реалистической теоріи», поскольку она дѣйствительно теорія, лежитъ въ обобщающей абстракціи, между тѣмъ она въ то же время должна какимъ-то образомъ отражать эмпирическую дѣйствительность[1]).

Существуетъ только теоретическое и эмпирическое знаніе, но ничего средняго существовать не можетъ. Это, конечно, не значитъ, что для тѣхъ или другихъ цѣлей нельзя и не должно соединять въ одномъ научномъ построеніи выводовъ теоретическаго и эмпирическаго характера. Выше было указано на цѣлесообразность подобныхъ смѣшанныхъ построеній въ педагогическихъ цѣляхъ. Тѣмъ не менѣе положенія, входящія въ составъ такихъ построеній, остаются либо теоретическими, либо эмпирическими. Поэтому идея эмпирической или эмпирико-реалистической теоріи не разрѣ-

[1]) Цит. соч., стр. 74.

Digitized by Google

шаетъ вопроса объ отношеніи экономической теоріи къ исторіи. Это только соединеніе знаній разнаго порядка.

Какъ было уже сказано выше, существеннымъ признакомъ теоріи служитъ то, что она является совокупностью выводовъ изъ посылокъ, принятыхъ изслѣдователемъ какъ основаніе для научныхъ построеній. Всякая теорія отвлеченна, потому что она строится на посылкахъ, отвлеченныхъ изслѣдователемъ отъ дѣйствительности. Но изъ этого не слѣдуетъ, что теорія можетъ состоять только изъ такихъ положеній, которыя очень далеки отъ дѣйствительности.

Теорія абстрактна и поэтому обща, но область явленій, къ которымъ относятся теоретическія положенія, можетъ быть болѣе или менѣе обширна; и поэтому теоретическія положенія, обладая по своей природѣ характеромъ общности, могутъ имѣть различную по своимъ предѣламъ область приложенія. Теоретическіе выводы, относящіеся къ опредѣленной формѣ хозяйства, связанной съ извѣстной исторической эпохой, будутъ имѣть общее значеніе въ томъ смыслѣ, что они выражаютъ общее правило. Всякій такой выводъ будетъ утверждать только то, что наличность данныхъ условій неизбѣжно влечетъ за собою и данныя послѣдствія. Но вопросъ о томъ, встрѣчается ли опредѣленная совокупность условій въ эмпирической дѣйствительности часто или рѣдко это теоріи, какъ таковой, не касается.

Теорія не перестаетъ быть теоріей оттого, что она относится къ явленіямъ, происходящимъ въ ограниченномъ періодѣ времени, покрывающемъ опредѣленную историческую эпоху. Она будетъ звучать какъ правило общаго значенія, но осуществленіе этого правила какъ тенденціи реальной дѣйствительности будетъ относиться только къ опредѣленному историческому періоду или къ опредѣленной формѣ хозяйства.

Всякое положеніе, констатирующее причинную зависимость, можетъ получить теоретическое выраженіе: для этого оно должно быть только высказано въ формѣ общаго утвержденія или правила.

Утверждая, что такое-то историческое событіе вызвано такими-то причинами, мы въ сущности утверждаемъ нѣчто большее; а именно то, что всегда и всюду, когда бы и гдѣ бы ни оказалась въ чистомъ видѣ совокупность условій, признаваемая нами причиной изслѣдованнаго событія, должно наступить и самое событіе. Выраженное въ такой формѣ подобное утвержденіе явится теоретическимъ положеніемъ.

Такимъ образомъ всякое изслѣдованіе причинной связи явленій можетъ быть формулировано въ выводахъ теоретическаго характера,

Digitized by Google

т.-е. обобщено. Но не всякое теоретическое положеніе обладаетъ научной и жизненной цѣнностью. Теорія явленія, наступившаго только одинъ разъ и не имѣющаго шансовъ повториться съ тѣми же существенными признаками, лишена значенія; она никому не нужна, потому что всякое теоретическое положеніе гласитъ, что при данныхъ условіяхъ непремѣнно наступаетъ и данное событіе, но какое же значеніе можетъ имѣть такое провозглашеніе, если нельзя ожидать, что событіе, къ которому оно относится, повторится? Индивидуальное является таковымъ именно потому, что оно представляетъ нѣчто единственное. Поэтому теорія, которая заключала бы въ себѣ въ формѣ общихъ положеній всю совокупность признаковъ индивидуальнаго явленія, не имѣла бы общаго значенія и была бы лишена всякой цѣнности. Теорія имѣетъ значеніе лишь постольку, поскольку она обща, а въ той мѣрѣ въ какой она обща, она возвышается надъ индивидуальнымъ.

Изъ сказаннаго, конечно, не слѣдуетъ, будто явленія, не повторяющіяся, лишены значенія. Если стать на такую точку зрѣнія, то пришлось бы признать, какъ замѣчаетъ Стефингеръ[1]), что ежегодное повтореніе весны представляетъ явленіе, имѣющее бо́льшее значеніе съ точки зрѣнія экономической теоріи, чѣмъ основаніе Германской Имперіи.

Но мы говоримъ здѣсь не о значеніи самыхъ явленій, а только о значеніи теоретическихъ положеній, всегда выражающихъ правило. Едва ли можно отрицать то, что такія правила тѣмъ цѣннѣе, чѣмъ чаще повторяются, въ существенныхъ своихъ чертахъ, явленія, къ которымъ они относятся.

Явленія, совершенно не повторяющіяся въ исторической дѣйствительности, требуютъ научнаго объясненія, но не теоретическихъ построеній. Причинная зависимость ихъ получаетъ выраженіе въ положеніяхъ индивидуальнаго, а не общаго значенія. Теоретическія же положенія, всегда имѣющія характеръ утвержденій общаго содержанія, предполагаютъ, что явленія, къ которымъ они относятся, могутъ въ существенномъ повторяться. Теорія есть выраженное въ общей формѣ объясненіе дѣйствительности.

Экономическая теорія, какъ всякая теорія, имѣетъ характеръ положеній общаго значенія, но она состоитъ изъ положеній различной степени общности. По самому существу своему эти положенія должны отстоять на извѣстномъ разстояніи отъ исторической дѣйствительности, но величина этого разстоянія бываетъ различна. Нѣкоторыя положенія экономической теоріи по своей общности могутъ быть признаны надиcторическими въ томъ смыслѣ,

[1]) Stephinger. Zur Methode der Volkswirtschaftslehre, 1907.

Digitized by Google

что они относятся ко всѣмъ эпохамъ и всѣмъ народамъ; другія же связаны съ опредѣленными формами хозяйства. Но до тѣхъ поръ, пока положенія послѣдняго рода выражены въ общей формѣ правилъ, они носятъ теоретическій характеръ и имѣютъ законное право занять мѣсто въ теоретической экономіи. Нѣтъ никакой надобности создавать для нихъ промежуточную инстанцію въ видѣ эмпирической теоріи.

Итакъ, въ отличіе отъ такъ называемыхъ чистыхъ теоретиковъ я не мыслю экономической теоріи, только какъ совокупности знаній, не относящихся къ историческимъ формамъ хозяйства. Кромѣ положеній надисторическаго характера экономическая теорія должна заключать и теоретическія положенія, въ изложенномъ выше смыслѣ, относящіяся исключительно къ конкретнымъ историческимъ формамъ экономической дѣйствительности. Я не только не считаю необходимымъ держать экономическую теорію на почтенномъ отдаленіи отъ жизни, но, наоборотъ, настаиваю на возможномъ приближеніи ея къ ней. Но съ однимъ непремѣннымъ условіемъ,— чтобы теорія не утрачивала своихъ существенныхъ признаковъ, т.-е. оставалась выраженіемъ общихъ правилъ причинной зависимости, научно- и жизненно-цѣнныхъ. Въ этомъ отличіе моей точки зрѣнія отъ взглядовъ исторической школы, по крайней мѣрѣ въ лицѣ одностороннихъ ея представителей.

Конечно, вся совокупность нашихъ знаній объ экономическихъ явленіяхъ, особенно при современномъ состояніи нашей науки, не можетъ быть уложена въ одни только теоретическія положенія. Большая часть этихъ знаній по необходимости получаетъ выраженіе въ эмпирическихъ законахъ, только констатирующихъ соотношенія между явленіями, но не объясняющихъ ихъ. Съ этой точки зрѣнія современная экономика можетъ быть характеризована какъ система не только теоретическаго, но и эмпирическаго знанія. Не слѣдуетъ, однако, смѣшивать эти части экономики и говорить объ эмпирической или эмпирико-реалистической теоріи, которой по существу и не можетъ быть. Экономическая теорія включаетъ въ себя только научные законы въ видѣ правилъ общаго значенія, распространяющихся на болѣе или менѣе обширные періоды исторіи; эмпирическое же знаніе, при всемъ огромномъ значеніи его для полноты научныхъ построеній, стоитъ за предѣлами теоріи.

Если разумѣть подъ реализмомъ близость къ жизни, то защищаемое мною направленіе въ разработкѣ экономической теоріи можетъ быть названо реалистическимъ.

А. Мануиловъ.

Digitized by Google

Юридическая природа манифеста 17 октября[1]).

Извѣстный нѣмецкій юристъ Рихардъ Лэнингъ въ своей рѣчи «Объ основѣ и природѣ права», произнесенной нѣсколько лѣтъ тому назадъ въ торжественномъ засѣданіи Іенскаго университета, не безъ горечи признавалъ тотъ фактъ, что юридическая наука въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, иначе говоря, догматическое правовѣдѣніе, не только не привлекаетъ къ себѣ интереса и сочувствія въ широкихъ кругахъ образованнаго общества, но даже встрѣчается съ прямой антипатіей. Онъ приводилъ, между прочимъ, «обидное замѣчаніе», которое ему пришлось однажды услышать по поводу одной изъ его лекцій изъ среды слушателей: «Юристы всегда умѣютъ затрогивать такіе вопросы, которыми другіе люди не интересуются». Явленіе, подмѣченное Лэнингомъ, наблюдается, несомнѣнно, не только въ Германіи, но, быть-можетъ, даже въ еще большей мѣрѣ въ другихъ странахъ, и, въ частности, въ нашемъ отечествѣ, и съ особенной яркостью и рельефностью обнаруживается въ области основныхъ проблемъ государственнаго права. Нельзя сказать, чтобы въ русскомъ обществѣ не было совсѣмъ интереса къ вопросамъ государственнаго устройства. Напротивъ, этотъ интересъ силенъ и до сихъ поръ, хотя онъ былъ гораздо сильнѣе нѣсколько лѣтъ тому назадъ. Но дѣло въ томъ, что упомянутые вопросы привлекаютъ къ себѣ широкое общественное вниманіе лишь тогда, когда они разсматриваются съ политической, соціологической или исторической точки зрѣнія; чисто же юридическая разработка ихъ интересуетъ лишь спеціалистовъ.

---

[1]) Настоящая статья, воспроизводящая съ нѣкоторыми дополненіями докладъ, прочитанный въ засѣданіи Московскаго Юридическаго Общества, представляетъ собой опытъ примѣненія къ юридическому анализу манифеста 17-го октября ученія объ источникахъ права, изложеннаго авторомъ въ «Лекціяхъ по общему государственному праву».

Digitized by Google

Нельзя не согласиться съ Лэнингомъ и въ томъ, что было бы несправедливо возлагать отвѣтственность за непопулярность юридической науки исключительно на общество, на его неподготовленность къ тѣмъ отвлеченнымъ, формально-логическимъ пріемамъ мышленія, которыя свойственны юриспруденціи и которыя въ нѣкоторомъ отношеніи роднятъ ее съ математикой. Нужно открыто признать, что значительная, если не большая часть вины во взаимномъ непониманіи лежитъ на самой нашей наукѣ, въ частности, на господствующей въ наукѣ государственнаго права такъ называемой юридической или формально-логической школѣ.

Я вовсе не хочу этимъ сказать, что путь, которымъ повела насъ эта школа, въ корнѣ ошибоченъ, что методъ ея неправиленъ. Напротивъ, я лично являюсь горячимъ приверженцемъ примѣненія къ анализу государственнаго строя чисто-юридическаго метода, и полагаю, что догматическія конструкціи въ области государственнаго права имѣютъ не меньшую научную и практическую цѣнность, чѣмъ изслѣдованія политическаго, соціологическаго или историческаго характера. Суть дѣла не въ ошибочности метода господствующаго направленія, а въ ошибочности его исходнаго пункта, его основной предпосылки. Въ современной юриспруденціи господствуетъ до сего времени традиціонное, съ особой энергіей защищаемое нѣмецкими юристами, представленіе о правѣ, согласно которому право есть не что иное, какъ продуктъ воли государства, предписаніе государственной власти. Отсюда логически вытекаетъ, 1) что законъ есть не только самая распространенная, но вмѣстѣ съ тѣмъ и самая высшая, основная форма права, 2) что законодательная власть, будучи источникомъ права, сама не можетъ быть подчинена праву или ограничена имъ. Теоретически это ученіе въ корнѣ подорвано критикой послѣдняго времени, но практически оно и въ настоящее время играетъ руководящую роль въ юриспруденціи. Одна изъ причинъ этой живучести упомянутой доктрины заключается въ томъ, что въ тѣхъ отрасляхъ юридической науки, которыя являются наиболѣе старыми и развитыми и играютъ въ практической жизни наиболѣе видную роль, въ области г р а ж д а н с к а г о и у г о л о в н а г о п р а в а, несостоятельность вышеупомянутаго ученія объ отношеніи права къ государству обнаруживается сравнительно менѣе рѣзко: большая часть того матеріала съ которымъ приходится имѣть дѣло цивилистамъ и криминалистамъ, можетъ быть безъ слишкомъ явныхъ противорѣчій уложена въ рамки системы, исходящей изъ представленія о законѣ, какъ о высшей формѣ права. Но совершенно иначе обстоитъ дѣло въ сферѣ той юридической дисциплины, которая изслѣдуетъ не

Digitized by Google

спеціальныя категоріи велѣній государства, а самыя основы государственнаго строя. Здѣсь господствующая теорія приходитъ на каждомъ шагу къ выводамъ, стоящимъ въ рѣзкомъ противорѣчіи и съ чувствомъ права и съ фактами дѣйствительной жизни. Когда, напр., представители господствующей школы утверждаютъ, что Вальдекъ, микроскопическое германское княжество, управляемое прусскимъ комиссаромъ, есть государство, а Австралійская федерація, занимающая цѣлый континентъ съ многомилліоннымъ населеніемъ, имѣющая не только свой парламентъ и свое правительство, но также свою армію и флотъ, участвующая въ качествѣ вліятельнаго фактора въ международныхъ отношеніяхъ, — есть лишь англійская провинція, всѣ права и учрежденія которой могутъ быть во всякій моментъ отмѣнены британскимъ парламентомъ, — то никакія юридическія тонкости не въ состояніи разсѣять возникающаго у непредубѣжденнаго читателя или слушателя впечатлѣнія, что онъ имѣетъ передъ собой не научное опредѣленіе, дающее ключъ къ пониманію государственныхъ явленій, а схоластическое упражненіе кабинетнаго педантизма, игнорирующаго дѣйствительную жизнь.

Но намъ незачѣмъ далеко ходить за примѣрами, обнаруживающими безсиліе господствующаго направленія дать удовлетворительную конструкцію фактамъ государственной жизни. Это безсиліе проявляется какъ нельзя болѣе ярко въ отношеніи государственно-правовой науки къ тому историческому акту, юридическая характеристика котораго составляетъ предметъ настоящаго доклада, къ манифесту 17 октября 1905 года.

I.

Если мы спросимъ историка, соціолога, политика или даже просто обывателя, слѣдящаго за государственной жизнью и обладающаго нѣкоторымъ образованіемъ, — какое значеніе имѣетъ въ его глазахъ манифестъ 17-го октября, мы, несомнѣнно, получимъ отвѣтъ, что манифестъ этотъ является однимъ изъ самыхъ крупныхъ государственныхъ актовъ въ исторіи Россіи, что онъ открываетъ собой новую историческую эпоху, что онъ вноситъ въ русское государственное право начала, до того времени ему совершенно чуждыя. Но если мы зададимъ тотъ же вопросъ юристу-догматику, стоящему на почвѣ господствующей доктрины, онъ, быть-можетъ, скрѣпя сердце, но подчиняясь долгу научной совѣсти, вынужденъ будетъ отвѣтить, что каково бы ни было политическое и общественное значеніе манифеста, юридическое значеніе его сводится почти къ нулю. Съ чисто-юридической точки

Digitized by Google

зрѣнія въ нашемъ строѣ 17 октября 1905 года не произошло никакой перемѣны; существенныя измѣненія въ него были внесены позднѣе актами 20 февраля и 23 апрѣля 1906 года. И, исходя изъ основныхъ предпосылокъ, принимаемыхъ современной юриспруденціей, къ иному выводу прійти нельзя.

Исторія отношенія русской государственно-правовой науки къ манифесту 17-го октября чрезвычайно любопытна: она представляетъ собой исторію колебаній между непосредственнымъ правосознаніемъ, живущимъ въ юристахъ, какъ и въ другихъ членахъ русскаго общества, и неумолимой логикой, ведущей отъ разъ принятыхъ научныхъ положеній къ выводу, неизбѣжно вытекающему изъ нихъ и стоящему въ противорѣчіи съ общественнымъ правосознаніемъ.

Содержаніе манифеста 17-го октября всѣмъ хорошо извѣстно, но для полной ясности въ послѣдующемъ изложеніи я напомню въ основныхъ чертахъ построеніе этого акта. Манифестъ начинается съ указанія на «смуты и волненія», происходящія въ государствѣ, и для прекращенія ихъ признаетъ необходимыми не только «мѣры къ устраненію прямыхъ проявленій безпорядка, безчинствъ и насилій», но и мѣры иного рода, направленныя «къ умиротворенію государственной жизни». Признавая далѣе необходимымъ «для успѣшнѣйшаго выполненія этихъ мѣръ объединеніе дѣятельности высшаго правительства» (осуществленное указомъ 19 октября 1905 г. о мѣрахъ къ укрѣпленію единства въ дѣятельности министерствъ и главныхъ управленій), манифестъ «возлагаетъ на обязанность правительства выполненіе непреклонной воли Монарха» 1) «даровать населенію незыблемыя основы гражданской свободы на началахъ дѣйствительной неприкосновенности личности, свободы совѣсти, слова, собраній и союзовъ», 2) «привлечь теперь же къ участію въ Думѣ, въ мѣрѣ возможности, соотвѣтствующей краткости остающагося до созыва Думы срока, тѣ классы населенія, которые нынѣ совсѣмъ лишены избирательныхъ правъ, предоставивъ за симъ дальнѣйшее развитіе начала общаго избирательнаго права вновь установленному законодательному порядку» и 3) «установить какъ незыблемое правило, чтобы никакой законъ не могъ воспріять силу безъ одобренія Государственной Думы, и чтобы выборнымъ отъ народа обезпечена была возможность дѣйствительнаго участія въ надзорѣ за законномѣрностью дѣйствій постановленныхъ отъ Насъ властей».

Изъ возвѣщенныхъ манифестомъ государственныхъ преобразованій наиболѣе важное политическое и юридическое значеніе имѣло, несомнѣнно, упомянутое въ п у н к т ѣ 3 - м ъ «незыблемое

Digitized by Google

правило», въ силу котораго законы не должны были быть издаваемы иначе, какъ съ согласія Государственной Думы. Это положеніе содержало въ себѣ основной принципъ конституціоннаго государства — необходимое участіе народнаго представительства въ осуществленіи законодательной власти. И именно съ этимъ пунктомъ связанъ споръ объ юридическомъ значеніи манифеста. Фактъ провозглашенія манифестомъ конституціоннаго принципа безспоренъ, но возникаетъ вопросъ: установленъ ли этотъ принципъ въ качествѣ обязательной нормы русскаго государственнаго права самымъ манифестомъ, или же манифестъ лишь обѣщалъ установить его въ будущемъ, иными словами, совершился ли переходъ къ новой формѣ правленія 17 октября 1905 года или позднѣе, напримѣръ, съ момента опубликованія дѣйствующихъ Основныхъ Законовъ, или съ момента созыва Думы?

Всѣ, бывшіе свидѣтелями или участниками достопамятныхъ событій 1905—1906 годовъ, знаютъ хорошо, что русское общество, по крайней мѣрѣ, въ подавляющемъ своемъ большинствѣ поняло манифестъ, какъ установленіе конституціоннаго принципа, и считало послѣ 17 октября 1905 года переходъ къ новому образу правленія безповоротно совершившимся фактомъ. Къ этому взгляду примкнули и представители русской науки, высказывавшіеся о юридическомъ значеніи манифеста 17-го октября въ эпоху, непосредственно слѣдовавшую за его изданіемъ. А именно, указанную точку зрѣнія защищали юристы Гессенъ и Нечаевъ въ издававшемся тогда журналѣ «Полярная Звѣзда» [1]), а также извѣстный русскій общественный дѣятель и ученый — хотя не юристъ, а экономистъ по своей спеціальности — Струве [2]).

Но въ позднѣйшій періодъ нашей государственной жизни, когда впечатлѣніе, произведенное актомъ 17-го октября, утратило свою первоначальную яркость и непосредственность, и когда манифестъ въ связи съ рядомъ послѣдовавшихъ за нимъ преобразовательныхъ актовъ былъ подвергнутъ догматическому анализу по всѣмъ правиламъ господствующей въ современной юриспруденціи школы, вышеупомянутый взглядъ, совпадавшій съ общественнымъ пониманіемъ манифеста, встрѣтилъ вѣскія возраженія со стороны спеціалистовъ. Представители науки государственнаго права, разсматривавшіе вопросъ о юридическомъ значеніи манифеста въ болѣе близкую къ настоящему моменту эпоху, какъ напр., Лазарев-

---

[1]) Гессенъ. Самодержавіе и манифестъ 17-го октября. «Полярная Звѣзда» 1906 г. № 9; Нечаевъ. Манифестъ 17-го октября и форма правленія. «Полярная Звѣзда». 1905 г. №№ 4 и 5.

[2]) Тамъ же, 1905 г. № 3.

Digitized by Google

скій въ своемъ курсѣ русскаго государственнаго права, вышедшемъ впервые въ 1908 году, и Паліенко въ появившейся въ 1910 году работѣ «Основные Законы и форма правленія въ Россіи» приходятъ къ выводу, что манифестъ 17-го октября «непосредственно не создалъ перехода отъ самодержавія къ ограниченной монархіи. Проф. Лазаревскій при этомъ дѣлаетъ нѣкоторую уступку прежнему взгляду, допуская, что «переходъ къ конституціонному порядку» былъ, такъ сказать, предрѣшенъ манифестомъ и находился въ зависимости отъ созыва Думы, т.-е. отъ наступленія извѣстнаго фактическаго условія»[1]), но проф. Паліенко, указывая, что о такомъ условіи въ манифестѣ не сказано ни слова, отрицаетъ и это условное дѣйствіе манифеста. Съ его точки зрѣнія, манифестъ установилъ лишь «моральную обязанность Монарха осуществить торжественно возвѣщенную народу реформу». «Въ морально-политическомъ отношеніи манифестъ 17-го октября есть актъ величайшей важности, но съ формально-юридической стороны онъ не ввелъ никакихъ существенныхъ измѣненій въ дѣйствующее въ этотъ моментъ государственное право Россіи, предуказавъ лишь путь, по которому должна была идти реформа»[2]). Кто же правъ, Нечаевъ и Гессенъ или Лазаревскій и Паліенко?

Я полагаю, что юристъ, стоящій на почвѣ господствующаго направленія, того направленія, которое видитъ въ правѣ волю государства и въ законѣ высшую юридическую норму, долженъ неизбѣжно прійти къ тому же выводу, какъ и два послѣдніе автора, какъ бы ни противилось этому его субъективное правовое чувство. Мы легко убѣдимся въ этомъ, если подвергнемъ манифестъ анализу, не сходя съ упомянутой почвы. Въ самомъ дѣлѣ, мнѣніе, что манифестъ 17-го октября есть основной законъ, установляющій въ Россіи конституціонный порядокъ законодательства, прежде всего не находитъ себѣ опоры въ самомъ текстѣ манифеста. Правда, въ манифестѣ говорится о «непреклонной волѣ» Монарха «установить какъ незыблемое правило, чтобы никакой законъ не могъ воспріять силу безъ одобренія Государственной Думы», но вмѣстѣ съ тѣмъ о волѣ этой говорится не какъ объ осуществляемой самимъ манифестомъ, а какъ о подлежащей осуществленію въ будущемъ. Манифестъ не говоритъ: «установляемъ впредь какъ незыблемое правило», а только: «возлагаемъ на обязанность правительства выполненіе нашей непреклонной воли установить какъ незыблемое правило». Законодательное установленіе правила о новомъ порядкѣ законодательства,

[1]) Лазаревскій. Лекціи по русск. госуд. праву, т. I, 1908, стран. 117.
[2]) Паліенко. Основные Законы и форма правленія въ Россіи, стран. 41.

Digitized by Google

такимъ образомъ относится къ будущему, въ манифестѣ еще точно не опредѣленному моменту. Манифестъ, по буквальному своему смыслу, содержитъ лишь директиву, относящуюся къ предстоящему установленію упомянутаго правила, а не самое это правило. И такъ какъ господствующее ученіе о правѣ не допускаетъ возможности юридически обязательныхъ директивъ для законодательной власти, то въ глазахъ послѣдователей этого ученія манифестъ своей юридически обязательной стороной могъ быть обращенъ только къ исполнительной власти. Проф. Паліенко поэтому вполнѣ логично утверждаетъ, что смыслъ разбираемаго пункта манифеста заключается въ предписаніи правительству, т.-е. министрамъ, выработать и представить на утвержденіе Государя основной законъ о новомъ порядкѣ законодательства. Но тогда 17-е октября еще нельзя считать моментомъ перехода къ новому строю.

Но еще убѣдительнѣе, чѣмъ самый текстъ 3-го пункта манифеста, который — нужно все же признать,— выраженнымъ не вполнѣ ясно, говоритъ въ пользу того же мнѣнія содержаніе двухъ другихъ пунктовъ, касающихся дарованія гражданской свободы и расширенія избирательнаго права. Нѣтъ сомнѣнія, что права гражданской свободы не могли быть установлены простымъ перечисленіемъ ихъ; для этого нужно было изданіе болѣе подробныхъ законовъ, опредѣляющихъ точное содержаніе и предѣлы этихъ правъ. Очевидно, также былъ необходимъ новый избирательный законъ для привлеченія къ участію въ Думѣ тѣхъ классовъ населенія, которые были лишены избирательныхъ правъ по закону 6-го августа. Обѣ реформы должны были быть проведены до созыва Думы. Относительно правъ гражданской свободы это вытекало какъ изъ тогдашняго общеизвѣстнаго настроенія, навстрѣчу которому шелъ манифестъ, такъ и изъ опубликованнаго одновременно съ манифестомъ всеподданнѣйшаго доклада предсѣдателя совѣта министровъ гр. Витте. Докладъ этотъ, излагающій мотивы къ изданію манифеста и ближайшую программу правительства, какъ извѣстно, снабженъ Высочайшей надписью «принять къ руководству» и потому является документомъ первостепенной важности для истолкованія точнаго смысла манифеста. Въ согласіи съ ожиданіями общества докладъ этотъ признаетъ необходимымъ осуществленіе основныхъ элементовъ правового строя «теперь же», т.-е. до созыва Государственной Думы.

Что касается **расширенія избирательнаго права**, то необходимость немедленнаго его осуществленія ясна изъ самаго **текста манифеста**. Предписывая привлечь къ участію

Digitized by Google

въ Думѣ всѣ классы населенія «въ мѣрѣ возможности, соотвѣтствующей краткости остающагося до созыва Думы срока», манифестъ тѣмъ самымъ не оставляетъ сомнѣнія, что рѣчь идетъ о расширеніи избирательнаго права не черезъ Думу, а до созыва ея, такъ какъ она сама должна быть избрана не по закону 6-го августа, а на новыхъ, болѣе широкихъ основаніяхъ.

Итакъ, самъ манифестъ обусловливалъ собой необходимость изданія новыхъ законовъ до созыва Думы. Но какимъ же образомъ могли бы быть изданы эти законы, если бы уже 17-го октября было установлено правило, по которому законы должны быть издаваемы не иначе, какъ съ согласія Думы. Тогда пришлось бы прійти къ заключенію, что ни временныя правила о печати, союзахъ и собраніяхъ, ни положеніе о выборахъ 11 декабря 1905 года, ни цѣлый рядъ другихъ актовъ, изданныхъ въ промежутокъ времени отъ 17 октября 1905 года до 27 апрѣля 1906 года не имѣли силы закона и были актами неправомѣрными. Правда, можно представить себѣ такое положеніе, при которомъ монархъ, октроируя конституцію, путемъ спеціальной оговорки сохранилъ бы за собой власть временно до созыва законодательнаго собранія издавать законы по опредѣленнымъ предметамъ, но вѣдь въ манифестѣ никакой подобной оговорки не имѣлось, и потому нужно признать одно изъ двухъ: либо манифестъ ограничивалъ законодательную власть монарха безусловно, либо онъ совсѣмъ ея не ограничивалъ, а только обѣщалъ установить такое ограниченіе въ будущемъ. А такъ какъ осуществленіе самого манифеста, какъ мы видѣли, было невозможно безъ сохраненія за Монархомъ единоличной законодательной власти, то остается только вторая альтернатива. Иначе говоря, мы должны согласиться съ Лазаревскимъ и Паліенко, что манифестъ 17-го октября не ограничилъ законодательной власти Монарха въ пользу Думы. Ограниченіе это состоялось позднѣе. Юридическія пормы, установляющія въ Россіи конституціонный порядокъ законодательства, были впервые введены въ русское государственное право изданнымъ въ исполненіе 3-го пункта манифеста 17-го октября манифестомъ 20 февраля 1906 года и подробнѣе развиты въ Основныхъ Законахъ 23-го апрѣля того же года. А такъ какъ по манифесту 20-го февраля вступленіе ихъ въ дѣйствіе было отсрочено до созыва Думы, то моментомъ перехода Россіи отъ неограниченной къ конституціонной монархіи нужно считать день, когда собралась первая Дума, 27 апрѣля 1906 года.

Каково же съ этой точки зрѣнія юридическое значеніе манифеста 17-го октября? Исходя изъ изложенныхъ соображеній, его

Digitized by Google

нельзя признать не только основнымъ закономъ, измѣняющимъ форму правленія, но и вообще закономъ въ матеріальномъ смыслѣ слова. Онъ не вноситъ никакихъ измѣненій ни въ организацію государственной власти, ни въ юридическія отношенія между властью и подданными. Все его императивное, обязательное содержаніе сводится къ предписанію министрамъ составить и внести на утвержденіе Монарха рядъ законопроектовъ, т.-е. къ повелѣнію, составляющему начальный моментъ акта законодательной инициативы. По отношенію къ министерству манифестъ имѣетъ характеръ іерархическаго приказа, инструкціи, по отношенію къ подданнымъ — характеръ обѣщанія, имѣющаго, однако, лишь моральное, но не юридическое значеніе. Монархъ и послѣ манифеста сохранилъ законодательную власть во всей ея полнотѣ, а такъ какъ съ точки зрѣнія господствующей теоріи законодательная власть по самому существу своему неограничена, ибо нѣтъ юридическихъ нормъ, стоящихъ выше закона, то Монархъ до вступленія въ дѣйствіе конституціоннаго порядка законодательства могъ отмѣнить манифестъ 17-го октября своей единоличной волей и, слѣдовательно, въ качествѣ законодателя не былъ имъ юридически связанъ. Далѣе, идя по тому же пути, нужно прійти къ заключенію, что послѣдующее законодательство, поскольку оно выполняло обязанности, возложенныя манифестомъ на правительство, тѣмъ самымъ погашало ихъ, поскольку оно противорѣчило имъ, отмѣняло ихъ. Съ этой точки зрѣнія въ юридическомъ смыслѣ отъ манифеста осталось въ настоящее время весьма немного. Онъ можетъ быть признанъ сохранившимъ юридическое значеніе развѣ лишь въ смыслѣ неотмѣненнаго, но и не подтвержденнаго повелѣнія министрамъ внести на утвержденіе въ законодательномъ порядкѣ нормы, обезпечивающія русскимъ гражданамъ права гражданской свободы. Но для законодательныхъ факторовъ онъ, во всякомъ случаѣ, не имѣетъ обязательнаго значенія. Онъ можетъ быть отмѣненъ ими во всякій моментъ, какъ любой иной законъ въ формальномъ смыслѣ слова. Итакъ, манифестъ 17-го октября есть актъ, имѣющій огромную важность съ точки зрѣнія морально-политической, но лишенный почти всякаго юридическаго значенія? Можемъ ли мы, однако, примириться съ такимъ глубокимъ разрывомъ между правомъ съ одной стороны и моралью и политикой — съ другой? Не является ли выводъ, къ которому мы пришли, исходя изъ предпосылокъ господствующей школы, свидѣтельствомъ того, что слѣдующая по этому пути наука государственнаго права оказывается оторванной отъ дѣйствительной жизни, что самыя крупныя явленія государственной жизни не могутъ войти въ ея узкія рамки, не укладываются на ея прокрустовомъ ложѣ?

Digitized by Google

Я уже говорилъ, что по отношенію къ разбираемому нами акту непосредственное правовое чувство общества находится въ рѣзкомъ противорѣчіи съ наиболѣе послѣдовательными и логическими конструкціями юристовъ. Для общества манифестъ 17-го октября былъ и продолжаетъ быть первичной и краеугольной нормой, лежащей въ основѣ нашего государственнаго права. Когда наиболѣе крупныя событія нашей государственной жизни оцѣниваются въ обществѣ съ правовой точки зрѣнія, то въ качествѣ высшаго критерія выдвигается не манифестъ 20-го февраля и даже не Основные Законы, а именно манифестъ 17-го октября. Какъ справедливо замѣчаетъ проф. Лазаревскій «съ точки зрѣнія общественныхъ настроеній манифестъ 17-го октября навсегда останется поворотнымъ пунктомъ»[1]). Но можно сказать болѣе, 17-е октября является поворотнымъ пунктомъ въ эволюціи русскаго государственнаго права не только «съ точки зрѣнія общественныхъ настроеній», но и съ точки зрѣнія самого правительства. Въ позднѣйшихъ актахъ Верховной Власти мы встрѣчаемъ выраженія, свидѣтельствующія о такомъ пониманіи манифеста 17-го октября, которое рѣзко расходится съ вышеприведенной юридической конструкціей и совпадаетъ съ распространеннымъ въ обществѣ воззрѣніемъ. Такъ въ манифестѣ 20 февраля 1906 года мы, между прочимъ, читаемъ: «Манифестомъ 17-го октября минувшаго года Мы предоставили Государственной Думѣ новыя въ дѣлахъ законодательства полномочія»[2]). Еще интереснѣе, что даже въ манифестѣ 3 іюня 1907 года фактически идущемъ въ разрѣзъ съ началами 17-го октября встрѣчается выраженіе: «Оставляя въ силѣ всѣ дарованныя подданнымъ Нашимъ манифестомъ 17 октября 1905 года и Основными Законами права»[2]). Такимъ образомъ, по взгляду самой издавшей манифестъ Власти, онъ предоставилъ Думѣ новыя полномочія и подданнымъ новыя права, а не только обѣщалъ предоставить эти полномочія и права въ будущемъ. Правда, въ законодательныхъ актахъ и въ частности въ томъ же манифестѣ 20-го февраля можно найти выраженія, характеризующія манифестъ иначе, а именно, только, какъ выраженіе «намѣренія» преобразовать государственный строй въ противоположность исполненію этого намѣренія, т.-е. самому акту преобразованія. Но эти колебанія въ формулахъ законодателя въ своей сущности сходны съ указанными выше колебаніями въ конструкціяхъ

[1]) Лазаревскій. Лекціи по русск. госуд. праву, т. I, 1908, стран. 117.
[2]) Разрядка моя.

Digitized by Google

юристовъ. И тѣ и другія одинаково обнаруживаютъ неспособность общепринятой теоріи источниковъ права правильно опредѣлить юридическую природу манифеста 17-го октября, ибо упомянутая теорія, будучи господствующей въ наукѣ, въ то же время является офиціальной доктриной нашего законодательства.

Мое личное убѣжденіе заключается въ томъ, что непосредственное правовое чутье, сказывающееся въ общественномъ пониманіи манифеста 17-го октября и въ совпадающихъ съ этимъ пониманіемъ выраженіяхъ офиціальныхъ актовъ, стоитъ на болѣе вѣрномъ пути, чѣмъ выводы господствующаго въ юридической наукѣ направленія. Выводы эти сами по себѣ совершенно логичны, но они исходятъ изъ невѣрныхъ теоретическихъ предпосылокъ, изъ традиціоннаго ошибочнаго ученія объ источникахъ права и о соотношеніи между правомъ и государствомъ.

II.

Основное положеніе, которое опредѣленно выставляется или подразумѣвается огромнымъ большинствомъ современныхъ юристовъ въ качествѣ исходной точки для всѣхъ ихъ изслѣдованій, сводится къ признанію закона, если не единственнымъ, то высшимъ источникомъ права. Всѣ другія формы преобразованія, признаваемыя современной юриспруденціей, какъ, напр., обычай, судебная практика, считаются дѣйствующими лишь въ предѣлахъ, установленныхъ законами, а, слѣдовательно, подчиненными этимъ послѣднимъ. Изъ этого ученія объ абсолютномъ верховенствѣ закона вытекаетъ, что законодательная власть — все равно, осуществляется ли она однимъ органомъ, какъ въ абсолютной монархіи, или нѣсколькими органами, какъ въ конституціонномъ государствѣ,— является всегда юридически неограниченной. Законодатель — будетъ ли это монархъ, парламентъ или голосующій непосредственно законопроекты народъ — можетъ отмѣнить или измѣнить какъ всякій законъ, такъ и всякую иную юридическую норму. Эту традиціонную доктрину я считаю совершенно несостоятельной. Ея несостоятельность не только обнаруживается конкретно въ ея безсиліи дать удовлетворительное объясненіе крупнѣйшимъ фактамъ государственной жизни, но можетъ быть доказано чистологическимъ, отвлеченнымъ путемъ. Сторонники господствующей теоріи, страннымъ образомъ, совершенно упускаютъ изъ виду одинъ фактъ, съ наибольшей яркостью отмѣченный и выдвинутый извѣстнымъ нѣмецкимъ юристомъ Бирлингомъ. Фактъ этотъ состоитъ въ томъ, что законъ по самому своему пониманію является не первичной и основной, а вторичной

Digitized by Google

и производной нормой права, необходимо предполагающей существованіе другой, стоящей надъ нимъ высшей нормы. Въ самомъ дѣлѣ, законъ есть не только юридическая норма, но вмѣстѣ съ тѣмъ и юридическій актъ,— иными словами, если онъ съ одной стороны, установляетъ право, то съ другой стороны, онъ самъ можетъ состояться лишь на основаніи установленныхъ ранѣе нормъ права, связывающихъ съ извѣстными дѣйствіями опредѣленныя юридическія послѣдствія. Вѣдь, закономъ мы называемъ не всякое велѣніе государственной власти, а только такое, которое исходитъ отъ опредѣленныхъ органовъ, обладающихъ законодательной компетенціей, и издается въ опредѣленныхъ юридическихъ формахъ. Самый фактъ изданія закона предполагаетъ существованіе предшествующихъ закону юридическихъ нормъ, регулирующихъ порядокъ законодательства. Эти нормы стоятъ выше закона, ибо только при соблюденіи ихъ законодательный актъ получаетъ обязательную силу. Что же это за нормы? какъ и кѣмъ онѣ установляются? Обыкновенно, говорятъ въ отвѣтъ на это, что въ большинствѣ современныхъ государствъ условія изданія законовъ опредѣляются конституціей или основными законами. Но такое указаніе не разрѣшаетъ вопроса, а только нѣсколько отодвигаетъ его рѣшеніе. Основной или конституціонный законъ есть также законъ, и, какъ таковой, можетъ быть изданъ лишь въ установленномъ правомъ порядкѣ. Слѣдовательно, по отношенію къ нему возникаетъ тотъ же вопросъ, какъ и по отношенію къ обыкновенному закону. Какая же юридическая норма опредѣляетъ формы изданія конституціонныхъ законовъ? Сказать, что онѣ опредѣляются самой конституціей, значитъ не сказать ничего или впасть въ circulus vitiosus. Конституція, конечно, можетъ опредѣлить тотъ порядокъ, въ которомъ она въ будущемъ можетъ быть пересматриваема и измѣняема, но она, очевидно, не можетъ опредѣлить того порядка, въ какомъ она была сама издана, ибо этому порядку она обязана самымъ своимъ существованіемъ. Иными словами, если юридическія нормы опредѣляютъ условія изданія другихъ юридическихъ нормъ и благодаря этому располагаются въ извѣстной іерархической зависимости другъ отъ друга, то, прослѣживая эту цѣпь подчиненныхъ другъ другу нормъ въ восходящемъ направленіи, мы неизбѣжно придемъ къ высшей первичной нормѣ, надъ которой не стоитъ никакой другой юридической нормы и возникновеніе которой опредѣляется поэтому фактическими, а не юридическими условіями. Эта норма не можетъ быть закономъ, ибо существенный признакъ закона заключается именно въ томъ, что онъ возникаетъ

Digitized by Google

въ опредѣленныхъ правомъ условіяхъ и формахъ. Нельзя, съ другой стороны, отрицать за нею характеръ юридической нормы и считать ее простымъ фактомъ, ибо тогда оказались бы возникшими внѣ юридическихъ условій и, слѣдовательно, съ указанной точки зрѣнія лишенными юридическаго значенія и всѣ нормы, установленныя на основаніи ея, т.-е. всѣ законы государства. Остается одно — признать, что есть нормы положительнаго права, стоящія выше законовъ, изъ которыхъ самъ законъ черпаетъ свою обязательную силу, и что такія нормы права лежатъ въ основѣ правовой системы каждаго государства.

Въ существованіи такихъ нормъ права нетрудно убѣдиться на конкретныхъ примѣрахъ. Возьмемъ, напримѣръ, Англію, при чемъ для простоты разсужденія оставимъ въ сторонѣ законъ 1911 года, видоизмѣнившій организацію англійской законодательной власти путемъ ограниченія правъ палаты лордовъ. Возьмемъ эту организацію въ томъ видѣ, въ какомъ она существовала въ теченіе вѣковъ. Законами въ Англіи признавались постановленія, принятыя большинствомъ обѣихъ палатъ и утвержденныя королемъ. Но какъ и кѣмъ было установлено правило, что постановленія такого рода имѣютъ силу закона и что всѣ граждане и должностныя лица обязаны повиноваться имъ? Исторія Англіи даетъ на это ясный и опредѣленный отвѣтъ. Норма, опредѣляющая организацію законодательной власти въ Англіи, сложилась путемъ о б ы ч а я. Въ данномъ случаѣ, такимъ образомъ, норма обычнаго права стояла выше закона, ибо она опредѣляла, кѣмъ и какъ должны издаваться законы. И такое соотношеніе между обычаемъ и закономъ вполнѣ понятно, такъ какъ обычай является непосредственнымъ проявленіемъ того фактора, который, въ конечномъ счетѣ, лежитъ въ основѣ всего права вообще, а именно общественнаго признанія. Законы также имѣютъ подъ собой въ качествѣ послѣдняго основанія общественное признаніе, но ихъ связь съ этимъ признаніемъ не непосредственная (прямая), а посредственная (косвенная), или — выражая ту же мысль другими словами — не матеріальная, а формальная. Законы обязательны не потому, чтобы ихъ содержаніе непосредственно принималось обществомъ, какъ выраженіе его правосознанія, а потому, что они изданы властью, пользующейся признаніемъ въ качествѣ законодательной. Здѣсь между общественнымъ признаніемъ и юридической нормой стоитъ въ качествѣ посредствующаго фактора государство въ лицѣ законодателя. Признаніе непосредственно направлено на п о р я д о к ъ у с т а н о в л е н і я нормы и лишь косвенно черезъ посредство послѣдняго и на ея содержаніе. Напротивъ, обычай проистекаетъ изъ

Digitized by Google

общественнаго признанія непосредственно, безъ какого-либо промежуточнаго звена: самое содержаніе его дается общественнымъ правосознаніемъ.

Но обычай не единственная форма непосредственнаго общественнаго правообразованія, т.-е. такого правообразованія, при которомъ дѣйствіе юридической нормы зависитъ отъ прямого признанія обществомъ ея содержанія. Есть и другая, независимая отъ закона, форма созданія положительнаго права, съ которой мы можемъ познакомиться, если мы обратимся, напримѣръ, къ Франціи и поставимъ относительно ея тотъ же вопросъ, который мы ставили по отношенію къ Англіи. Какъ и кѣмъ установлены нормы, опредѣляющія существующую во Франціи организацію законодательной власти? Мнѣ отвѣтятъ, конечно, что онѣ установлены въ формѣ конституціонныхъ законовъ въ 1875 году французскимъ національнымъ собраніемъ. Но кто же созвалъ это собраніе, кто далъ ему учредительную власть, кто опредѣлилъ его организацію? Для юриста господствующей школы дать точный отвѣтъ на эти вопросы будетъ затруднительно. Формально національное собраніе было созвано образовавшимся послѣ пораженія и взятія въ плѣнъ Наполеона III «правительствомъ національной обороны», которое своими декретами опредѣлило способъ избранія національнаго собранія и присвоило ему характеръ учредительнаго. Но «правительство національной обороны» никакимъ закономъ къ тому не было уполномочено, да и самое существованіе его не было основано на законѣ. Какимъ же образомъ, не будучи законодательной властью и даже вообще законной властью, оно могло создать тѣ первичныя нормы французскаго государственнаго права, отъ которыхъ ведетъ свое происхожденіе дѣйствующая французская конституція? Съ точки зрѣнія общепринятаго ученія о законѣ, какъ о высшемъ источникѣ права, этотъ вопросъ неразрѣшимъ. А между тѣмъ найти правильный отвѣтъ на него не такъ трудно; стоитъ только посмотрѣть на дѣло не сквозь призму предвзятаго догмата, а простымъ, непредубѣжденнымъ взглядомъ. Декреты правительства національной обороны, конечно, не были законами, но они получили силу правовыхъ нормъ потому, что эта сила была п р и з н а н а за ними Франціей. Нормы, провозглашенныя небольшой кучкой людей, не имѣвшихъ никакихъ законныхъ полномочій, шли навстрѣчу требованіямъ общественнаго правосознанія и вслѣдствіе этого были санкціонированы непосредственнымъ признаніемъ, если не всего поголовно французскаго населенія, то, по крайней мѣрѣ, подавляющаго большинства той его части, которая такъ или иначе принимала участіе

Digitized by Google

въ общественной жизни и проявляла то или иное отношеніе къ стоявшимъ на очереди вопросамъ государственной жизни. Франція добровольно выполнила декреты правительства народной обороны: согласно этимъ декретамъ, по установленному ими порядку выборовъ, она избрала національное собраніе и признала за нимъ учредительную власть. Дѣйствіе упомянутыхъ декретовъ, какъ юридическихъ нормъ, безъ всякаго сомнѣнія, обусловливалось ясно выраженнымъ согласіемъ общества съ ихъ содержаніемъ: безъ такого согласія они были бы лишь неудавшимися попытками случайной группы лицъ создать новыя правовыя нормы и никогда не перешли бы изъ области факта въ область права.

Событія, разыгравшіяся во Франціи въ 1870 году, являются далеко не единственнымъ примѣромъ такого образованія права, которое не подходитъ ни подъ одну изъ рубрикъ, фигурирующихъ въ общепринятомъ перечнѣ «источниковъ права». Аналогичнымъ путемъ создавался новый правовой порядокъ на мѣсто стараго въ той же Франціи въ предшествовавшіе періоды ея конституціонной исторіи, въ Бельгіи въ 1830 году при отдѣленіи ея отъ Голландіи, въ Норвегіи въ 1814 году при отдѣленіи ея отъ Даніи, въ той же странѣ въ 1905 году при разрывѣ шведско-норвежской уніи, а также во множествѣ другихъ случаевъ политической жизни европейскихъ и внѣевропейскихъ народовъ. Сюда относятся при этомъ не только тѣ случаи, гдѣ смѣна одного правопорядка другимъ носила революціонный характеръ, но и тѣ, гдѣ эта смѣна совершилась, хотя безъ нарушенія закона, но не силою закона. Конституція Сѣверогерманскаго союза 1867 года, предшественница современной конституціи Германской имперіи не можетъ быть названа закономъ, ибо до вступленія ея въ силу не существовало никакой общегерманской законодательной или учредительной власти. Она не является также и международнымъ договоромъ, хотя и была издана во исполненіе такого договора. Нѣмецкіе юристы потратили немало труда на выясненіе ея юридической природы, но, стоя на почвѣ господствующаго ученія о правѣ и государствѣ, не могли прійти ни къ какому удовлетворительному результату. Акты подобнаго рода могутъ быть конструированы юридически лишь на почвѣ теоріи, признающей существованіе надзаконныхъ нормъ положительнаго права.

Вышеприведенные примѣры приводятъ насъ къ заключенію, что, помимо закона и обычая, есть и иные пути образованія положительнаго права. При всемъ разнообразіи обстоятельствъ, сопровождавшихъ созданіе новаго правопорядка въ указанныхъ случаяхъ, въ нихъ имѣются повторяющіеся признаки, позволяющіе

Digitized by Google

конструировать соотвѣтствующее общее понятіе, иными словами, установить существованіе особой формы правообразованія наряду съ общепризнанными «источниками права». Эту форму можно назвать общественнымъ провозглашеніемъ [1]). Для созданія положительнаго права этимъ путемъ требуется: 1) чтобы извѣстная норма была провозглашена въ качествѣ общеобязательной лицомъ или лицами, имѣющими въ глазахъ общества извѣстный авторитетъ; 2) чтобы провозглашенная норма соотвѣтствовала назрѣвшему въ обществѣ и стремящемуся ко внѣшнему выраженію правосознанію и поэтому была бы санкціонирована признаніемъ если не всѣхъ членовъ даннаго общежитія, то подавляющаго большинства тѣхъ изъ нихъ, которые въ той или иной формѣ выразили свое отношеніе къ ней.

Этотъ способъ созданія положительнаго права не новъ. Есть основаніе думать, что онъ игралъ весьма видную роль на тѣхъ ступеняхъ общественнаго развитія, когда главнымъ источникомъ права былъ обычай, и органы зарождающагося государства обладали лишь судебной и правительственной, но не законодательной властью. Когда жизнь выдвигала вопросы, которые не были предусмотрѣны обычнымъ правомъ и не могли быть разрѣшены при помощи его, лица, завѣдывавшія примѣненіемъ права (судьи, жрецы, старѣйшины, военоначальники) искали отвѣта на эти вопросы въ своемъ внутреннемъ субъективномъ правосознаніи и, руководясь имъ, провозглашали извѣстное правило. Если оно встрѣчало общественное одобреніе, которое въ ту эпоху выражалось, обыкновенно, одобрительнымъ крикомъ или гуломъ собравшагося народа, то она изъ нормы субъективнаго правосознанія, превращалась въ норму положительнаго права.

Общественное провозглашеніе въ этомъ видѣ, какъ можно предполагать, служило прежде всего суррогатомъ еще не существовавшаго законодательства. Но и послѣ того, какъ законъ сдѣлался самой распространенной формой правообразованія, установленіе юридическихъ нормъ вышеуказаннымъ путемъ не прекратилось совершенно, но сохранилось въ качествѣ, такъ сказать, экстраординарнаго источника права. Разумѣется, въ современныхъ государствахъ, уже по самому размѣру ихъ — невозможны тѣ примитивныя формы общественнаго одобренія, о которыхъ мы говорили выше. Невозможно и — нерѣдкое, вѣроятно въ древности,— полное единогласіе всѣхъ членовъ даннаго общества. Въ новое время признаніе обществомъ провозглашенной какимъ-

[1]) Ср. Кокошкинъ. Лекціи по общему госуд. праву. 1912, страницы 124—126.

Digitized by Google

либо авторитетнымъ лицомъ или органомъ нормы проявляется однимъ изъ двухъ главныхъ путей, а именно: 1) въ формѣ правильно организованнаго, хотя не предусмотрѣннаго ни закономъ, ни обычаемъ всенароднаго голосованія (какъ это было, напримѣръ, въ Норвегіи при отдѣленіи ея отъ Швеціи), 2) въ формѣ выраженія общественнаго мнѣнія черезъ посредство печати, общественныхъ собраній и различныхъ общественныхъ организацій. При извѣстныхъ условіяхъ (и, въ частности, при полной свободѣ выраженія общественнаго мнѣнія) для констатированія наличности общественнаго признанія имѣютъ немаловажное значеніе и конклюдентныя дѣйствія гражданъ, а именно, добровольное — безъ протестовъ и оговорокъ — подчиненіе провозглашенной нормѣ и выполненіе требуемыхъ ею дѣйствій. Мнѣ скажутъ, можетъ-быть, что указанные мною признаки общественнаго провозглашенія недостаточно опредѣленны, что рѣшеніе вопроса о томъ, состоялось оно или нѣтъ, можетъ оказаться въ конкретномъ случаѣ затруднительнымъ. Это совершенно вѣрно: наличность общественнаго провозглашенія не всегда можетъ быть констатирована съ такою же ясностью и безспорностью, какъ наличность закона. Но въ этомъ именно и лежитъ отличіе нормъ первичныхъ отъ нормъ вторичныхъ, производныхъ, какими являются законы. Именно потому, что за первичными нормами не стоитъ никакихъ другихъ юридическихъ нормъ, которыя бы могли регулировать порядокъ ихъ образованія, возникновеніе первичныхъ нормъ опредѣляется не юридическими, а фактическими признаками. Но это есть свойство не только нормъ, возникшихъ путемъ общественнаго провозглашенія, а и другой категоріи первичныхъ нормъ, нормъ обычнаго права. Сколько времени должно продожаться соблюденіе извѣстнаго правила и какимъ количествомъ лицъ оно должно быть соблюдаемо для того, чтобы родился обычай, это не установлено въ точности никакой нормой, это вопросъ факта, а не права. Но, несмотря на эту неопредѣленность, существованіе нормъ обычнаго права въ цѣломъ рядѣ случаевъ можетъ быть констатировано съ несомнѣнностью, и точно такъ же въ цѣломъ рядѣ случаевъ можетъ быть констатировано съ несомнѣнностью возникновеніе правовыхъ нормъ путемъ общественнаго провозглашенія.

Въ примѣрѣ, взятомъ мною изъ исторіи Ф р а н ц і и, иниціатива общественнаго провозглашенія была взята на себя случайной группой лицъ, не имѣвшихъ законныхъ полномочій власти, но лишь пользовавшихся извѣстнымъ общественнымъ авторитетомъ. Но ту же роль при другихъ обстоятельствахъ можетъ быть взята на себя законнымъ органомъ государства и, въ частности,

Digitized by Google

органомъ законодательнымъ. Норма, соотвѣтствующая назрѣвшему общественному правосознанію и санкціонированная поэтому непосредственнымъ общественнымъ признаніемъ, не теряетъ вытекающихъ отсюда свойствъ оттого, что она провозглашена не случайными выразителями общественнаго мнѣнія, а самимъ законодателемъ. Это послѣднее обстоятельство не можетъ ослабить ея юридической силы, другими словами, ея высшее юридическое значеніе, какъ нормы первичной, не можетъ быть поглощено принадлежащими ей вмѣстѣ съ тѣмъ признаками законодательнаго акта. Нормы первичнаго характера, вытекающія непосредственно изъ общественнаго правосознанія, весьма часто формулируются въ законодательныхъ актахъ, напримѣръ, въ конституціяхъ и въ введеніяхъ къ нимъ. Но форма закона играетъ по отношенію къ нимъ не конститутивную, а декларативную роль: въ качествѣ надзаконныхъ нормъ онѣ не установлены властью законодателя, а лишь провозглашены имъ. Эта мысль, между прочимъ, ясно выражена составителями французской декларації правъ по отношенію къ содержащимся въ ней положеніямъ. Декларація правъ человѣка гражданина не входитъ въ составъ конституціи 1791 года, но стоитъ впереди ея въ качествѣ особаго надзаконнаго акта. Національное Собраніе не «установляетъ», а только «признаетъ и провозглашаетъ» (reconnaît et déclare) принципы, составляющіе содержаніе декларації, а затѣмъ уже на основаніи этихъ принциповъ (sur les principes qu'elle vient de reconnaître et de declarer), установляетъ (établit) французскую конституцію. Собраніе руководилось совершенно вѣрнымъ чутьемъ, ставя извѣстныя правовыя начала выше не только обыкновенныхъ, но и конституціонныхъ законовъ, и приписывая самому себѣ по отношенію къ нимъ роль не учредительнаго, а лишь провозгласительнаго органа. Оно ошибалось только въ томъ, что согласно господствовавшей тогда доктринѣ искало обоснованія для этихъ началъ не въ общественномъ правосознаніи данной эпохи, а съ самой человѣческой природѣ. Содержаніе надзаконныхъ нормъ права можетъ мѣняться въ зависимости отъ условій времени и мѣста, но самое существованіе ихъ, какъ мы видѣли выше, вытекаетъ съ необходимостью изъ существованія законовъ. Во всякомъ государствѣ надъ законами, которые всегда являются вторичными нормами права, стоятъ первичныя нормы, отъ которыхъ самъ законъ черпаетъ свою силу и которыя установляются путемъ обычая или общественнаго провозглашенія.

Этимъ разрѣшается вопросъ о взаимномъ отношеніи права и государства. Государство не можетъ быть абсолютно связано зако-

Digitized by Google

номъ, ибо оно само издаетъ и отмѣняетъ законы, но оно абсолютно связано тѣми первичными нормами, которыя опредѣляютъ порядокъ и условія законодательной дѣятельности. Эти нормы не могутъ быть отмѣнены или измѣнены закономъ, ибо отъ соблюденія ихъ зависитъ обязательное дѣйствіе самого закона. Поэтому онъ абсолютно обязываютъ не только правительственную, но и законодательную власть. Разумѣется, онѣ не вѣчны, какъ не вѣчно все человѣческое, но отмѣна или измѣненіе ихъ лежитъ внѣ компетенціи государственной власти; онѣ могутъ быть устранены лишь кореннымъ измѣненіемъ общественнаго правосознанія, выразившимся въ формѣ обычая или общественнаго провозглашенія.

Мы говорили до сихъ поръ, главнымъ образомъ, объ одной категоріи такихъ нормъ, именно о тѣхъ изъ нихъ, которыя опредѣляютъ основы организаціи законодательной власти. Но первичныя нормы могутъ также регулировать и содержаніе законодательной дѣятельности, ставя для нея предѣлы или давая ей положительныя директивы. Такъ, напримѣръ, основныя права гражданской свободы въ большинствѣ современныхъ культурныхъ государствъ покоятся на первичныхъ нормахъ, воспрещающихъ не только правительственнымъ, но и законодательнымъ органамъ государства вторгаться въ извѣстныя сферы частной и общественной жизни. Лежащая въ основѣ «декларацiи правъ человѣка и гражданина» мысль объ абсолютной неприкосновенности этихъ правъ для государства, по существу совершенно правильна, хотя и облечена составителями декларацiи въ форму несостоятельной съ точки зрѣнія современной науки естественно-правовой доктрины.

III.

На почвѣ вышеизложеннаго ученія объ источникахъ права получаетъ правильное разрѣшеніе и тотъ вопросъ, который составляетъ камень преткновенія для русской государственно-правовой науки, вопросъ о юридическомъ значеніи манифеста 17-го октября. Вдумываясь въ содержаніе этого акта и обстоятельства его изданія, нельзя не прійти къ заключенію, что тотъ своеобразный характеръ, который выдѣляетъ манифестъ 17-го октября изъ ряда другихъ законодательныхъ актовъ и дѣлаетъ юридическую конструкцію его столь затруднительной для юристовъ господствующей школы, заключается именно въ принадлежащихъ ему свойствахъ, первичной нормы, установленной путемъ провозглашенія. Какъ уже было сказано выше, органомъ, провозглашающимъ первичную норму, можетъ явиться и законодатель,— другими словами — законъ, вызванный къ жизни назрѣвшимъ общественнымъ правосознаніемъ

Digitized by Google

и скрѣпленный непосредственнымъ признаніемъ общества, получаетъ большее юридическое значеніе, нежели то, какое принадлежитъ закону, какъ таковому. Манифестъ 17-го октября именно и представляетъ характерные признаки такого сочетанія законодательнаго акта съ прямымъ общественнымъ правотворчествомъ. Онъ, конечно, есть законъ въ формальномъ смыслѣ слова, но этимъ не исчерпывается его значеніе, ибо онъ есть законъ, по своему происхожденію и содержанію самымъ тѣснымъ образомъ связанный съ непосредственными проявленіями общественнаго правосознанія. Положенія манифеста воспроизводили основныя требованія этого правосознанія, нашедшія и до, и послѣ 17-го октября яркое и опредѣленное выраженіе въ длинномъ рядѣ заявленій, исходившихъ отъ различныхъ общественныхъ группъ, собраній, союзовъ и учрежденій, начиная отъ постановленій ноябрьскаго земскаго съѣзда 1904 года и кончая адресомъ первой Думы. Правда, эти заявленія не совпадали вполнѣ по объему признаваемыхъ ими необходимыми реформъ, но манифестъ рецепировалъ именно ту часть ихъ содержанія, которая являлась общимъ ихъ элементомъ (основныя права гражданской свободы, народное представительство съ законодательной и контролирующей властью). Совпаденіе положеній манифеста съ тезисами, выдвинутыми общественнымъ мнѣніемъ, было не случайнымъ, но преднамѣреннымъ со стороны законодателя: оно составляло главный мотивъ акта 17-го октября. Общепризнанной и офиціально засвидѣтельствованной цѣлью этого акта было удовлетвореніе требованій общественнаго правосознанія, приведеніе законодательства въ соотвѣтствіе съ правовыми идеями общества. Въ текстѣ самого манифеста установленіе новыхъ государственно-правовыхъ началъ мотивируется необходимостью прекратить «смуты и волненія» и «умиротворить государственную жизнь». Вышеупомянутый Высочайше одобренный докладъ графа Витте, поясняя и развивая эту мысль, указываетъ, что «корни волненія, охватившаго разнообразные слои русскаго общества», лежатъ «въ нарушенномъ равновѣсіи между идейными стремленіями русскаго мыслящаго общества и внѣшними формами его жизни. Россія переросла форму существующаго строя. Она стремится къ строю правовому на основѣ гражданской свободы». Далѣе тамъ же говорится, что задачей правительства является «установленіе такихъ учрежденій и такихъ законодательныхъ нормъ, которыя соотвѣтствовали бы выяснившейся поли-

Digitized by Google

тической идеѣ большинства русскаго общества».

Едва ли можно было болѣе опредѣленно выразить убѣжденіе самого правительства въ томъ, что манифестъ формулируетъ юридическія положенія, уже назрѣвшія и выяснившіяся въ обществѣ, что законодатель въ данномъ случаѣ является прямымъ выразителемъ общественнаго правосознанія.

Въ связи съ этимъ не лишено интереса то обстоятельство, что одинъ изъ позднѣйшихъ законодательныхъ актовъ, говоря о положеніяхъ манифеста 17-го октября, характеризуетъ отношеніе къ нимъ законодателя какъ разъ тѣмъ выраженіемъ, которое является наиболѣе точнымъ терминомъ для опредѣленія роли законодательной власти по отношенію къ формулируемымъ ею первичнымъ нормамъ. Это выраженіе есть «провозглашеніе», близко подходящее къ западному термину «декларація». Манифестъ 20 февраля 1906 года возвѣщаетъ о пересмотрѣ учрежденія Государственной Думы «для согласованія его съ началами 17-го октября прошлаго года Нами провозглашенными».

Разсматривая манифестъ 17-го октября съ изложенной точки зрѣнія, мы получаемъ возможность понять и правильно конструировать тѣ его черты, которыя неизгладимо отпечатлѣлись въ общественномъ сознаніи, но остаются до сихъ поръ неразрѣшимой загадкой для юридической доктрины, построенной на слишкомъ узкомъ основаніи и потому безсильной объяснить важнѣйшія явленія дѣйствительной правовой жизни. Манифестъ 17-го октября не есть инструкція министерству, не есть обѣщаніе, имѣющее лишь моральное значеніе. Онъ представляетъ собой, конечно, законъ въ формальномъ смыслѣ слова, но не только законъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и нѣчто большее, именно, актъ провозглашенія, установляющій первичныя, основныя нормы новаго государственнаго правопорядка. Этотъ послѣдній былъ поэтому уже 17 октября 1905 года, дѣйствительно, юридически установленъ въ своихъ основахъ, а не только обѣщанъ. Положенія манифеста, въ качествѣ первичныхъ нормъ, опредѣляющихъ организацію и компетенцію законодательной власти, не могли и не могутъ быть отмѣнены въ законодательномъ порядкѣ. Именно это ихъ свойство придаетъ опредѣленный юридическій смыслъ эпитету, который къ нимъ прилагается въ самомъ текстѣ манифеста. А именно, тамъ говорится о «незыблемыхъ основахъ гражданской свободы» и о «незыблемомъ правилѣ», требующемъ согласія Думы на законодательные акты и обезпечивающемъ ей участіе въ надзорѣ за законномѣрностью управленія. Докладъ графа Витте,

Digitized by Google

въ свою очередь, говоритъ о «неотъемлемости» благъ гражданской свободы.

Справедливо то, что манифестъ не установляетъ непосредственно всѣхъ тѣхъ юридическихъ нормъ, которыя необходимы для практическаго проведенія въ жизнь его положеній, но онъ предписываетъ государственнымъ органамъ установить такія нормы и, установивъ, охранять въ неприкосновенности, положенныя въ ихъ основу начала. Эта, содержащаяся въ немъ, директива имѣетъ безусловно обязательную силу какъ для правительственной, такъ и для законодательной власти. Отсюда вытекаетъ съ неизбѣжной логической послѣдовательностью, что охрана въ неприкосновенности или, выражаясь словами самого законодателя, въ «незыблемости» положеній манифеста, поскольку они уже нашли себѣ осуществленіе, а также проведеніе ихъ въ жизнь, поскольку они еще не выполнены, — составляетъ не только моральную, но и юридическую обязанность правительственныхъ и законодательныхъ учрежденій. Тѣ или иныя конъюнктуры текущей политической жизни, тотъ или иной составъ законодательныхъ учрежденій могутъ затруднять или парализовать фактическое осуществленіе манифеста 17-го октября, но не могутъ поколебать его высшей юридической силы. Пока не измѣнилось въ корнѣ общественное правосознаніе, породившее его содержаніе, онъ можетъ быть нарушенъ, но не можетъ быть отмѣненъ. Не смотря на фактическія отступленія отъ его началъ, онъ остается высшимъ и притомъ не только моральнымъ, но и положительно-правовымъ критеріемъ для юридической оцѣнки какъ актовъ управленія, такъ и актовъ законодательства. Право остается правомъ и тогда, когда за нимъ не стоитъ силы принужденія.

Ѳ. Кокошкинъ.

Digitized by Google

Происхожденіе чрезвычайноуказнаго права и его политическое значеніе.

In ihrer heutigen Gestalt ist die Notverordnung nur eine Schlinge, die sich der Constitutionalismus selbst gedreht hat und in die er sich verfangen muss.

J. Hatschek.

I.

Современное правовое государство характеризуется тѣмъ, что признаетъ верховнымъ началомъ своей организаціи и своей дѣятельности — законъ, какъ выраженіе общественнаго самоопредѣленія: оно устраняетъ изъ своего обихода личное усмотрѣніе правителя и подчиняетъ всѣ существенныя отправленія политическаго тѣла правиламъ, установленнымъ общественными органами. И какъ бы различно современныя государства конституціоннаго типа организованы ни были, всѣ они начерчиваютъ въ своихъ хартіяхъ правило, по которому ни одинъ законъ не можетъ состояться иначе, какъ при участіи и съ согласія народнаго представительства.

Но если во всѣхъ современныхъ конституціонныхъ государствахъ этотъ принципъ и провозглашается, то далеко не вездѣ онъ является жизненнымъ началомъ, опредѣляющимъ политическую дѣйствительность.

Начало верховенства закона и послѣ введенія представительнаго строя лишь очень медленно и туго пробиваетъ себѣ дорогу сквозь воззрѣнія и навыки, унаслѣдованные отъ стараго порядка: этотъ порядокъ еще долго продолжаетъ жить не только въ привычкахъ и пріемахъ правительственнаго класса, но и во многихъ установленіяхъ, частью уцѣлѣвшихъ отъ абсолютнаго строя, частью вновь введенныхъ въ систему учрежденій въ угоду стремленіямъ и требованіямъ сторонниковъ стараго режима.

Digitized by Google

Между этими учрежденіями одно изъ главныхъ мѣстъ занимаетъ институтъ чрезвычайноуказного права, т.-е. права главы государства въ извѣстныхъ случаяхъ своею единоличною властью принимать мѣры и предписывать нормы, относящіяся къ компетенціи законодательныхъ органовъ.

Этотъ институтъ, по признанію авторитетныхъ законовѣдовъ[1]), получилъ наиболѣе совершенное законодательное выраженіе въ § 14 австрійскаго основного закона 21 декабря 1867 года. Мы приведемъ здѣсь это постановленіе, чтобы имѣть твердую точку опоры для опредѣленія того, что современное конституціонное законодательство понимаетъ подъ чрезвычайноуказнымъ правомъ.

«Если, говорится въ этомъ постановленіи, настоятельная необходимость въ мѣрахъ, требующихъ, согласно конституціи, одобренія рейхсрата, обнаружится въ такое время, когда послѣдній не въ сборѣ, то онѣ могутъ быть изданы, подъ отвѣтственностью всего министерства, императорскимъ указомъ, посколько онѣ не направлены на измѣненіе основного закона и не связаны ни съ длительнымъ обремененіемъ государственной казны, ни съ отчужденіемъ государственнаго имущества»[2]).

Чрезвычайноуказное право уполномочиваетъ такимъ образомъ монарха на принятіе мѣръ и на изданіе правовыхъ нормъ во всей области законодательства, лишь бы эти нормы не нарушали конституціи и не были связаны съ отягощеніемъ государственной казны, и достаточнымъ основаніемъ для совершенія такихъ актовъ въ формѣ указа признается обнаружившаяся въ отсутствіи парламента настоятельная въ нихъ необходимость, судьею которой является самъ монархъ, т.-е. уполномоченное на ихъ изданіе учрежденіе. Чрезвычайноуказное право, другими словами, вооружаетъ монарха властью въ отсутствіе парламента не только принимать исклю-

---

[1]) Iellinek. Gesetz und Verordnung. S. 377.

[2]) Wenn sich die dringende Nothwendigkeit solcher Anordnungen, zu welchen verfassungsmässig die Zustimmung des Reichsrates erforderlich ist, zu einer Zeit herausstellt, wo dieser nicht versammelt ist, so können dieselben unter Verantwortung des Gesammtministeriums durch kaiserliche Verordnung erlassen werden, insofern solche keine Abänderung des Staatsgrundgesetzes bezwecken, keine dauernde Belastung des Staatsschatzes und keine Veräusserung des Staatsguts betreffen. Вторая часть § 14-го гласитъ: Solche Verordnungen haben provisorische Gesetzeskraft, wenn sie von sämmtlichen Ministern unterzeichnet sind und mit ausdrücklicher Beziehung auf diese Bestimmung des Staatsgesetzes kundgemacht werden. Die Gesetzeskraft dieser Verordnungen erlischt, wenn die Regierung unterlassen hat, dieselben dem nächsten nach deren Kundmachung zusammentretenden Reichsrate, und zwar zuförderst dem Hause der Abgeordneten, binnen vier Wochen nach diesem Zusammentritte zur Genehmigung vorzulegen oder wenn dieselben die Genehmigung eines der beiden Häuser des Reichsrates nicht erhalten. — Das Gesammtministerium ist dafür verantwortlich, dass solche Verordnungen, sobald sie ihre provisoriche Gesetzeskraft verloren haben, sofort ausser Wirksamkeit gesetzt werden.

Digitized by Google

чительныя мѣры для отвращенія грозящей государству опасности, но и устанавливать правовыя нормы, регулирующія типическія отношенія и разсчитанныя на длительное существованіе[1]).

Чрезвычайноуказное право, дающее такой широкій просторъ усмотрѣнію правительства въ области законодательства, никоимъ образомъ не можетъ быть приведено въ согласіе съ основными началами конституціоннаго строя, требующими, чтобы всѣ важнѣйшіе государственные акты были актами общественнаго самоопредѣленія, т.-е. получали свое совершеніе не иначе, какъ при участіи народнаго представительства. Неудивительно поэтому, что институтъ чрезвычайноуказнаго права не находитъ себѣ мѣста въ государствахъ, въ которыхъ послѣдовательно проводится начало верховенства закона: его и нѣтъ въ современныхъ республикахъ, онъ отсутствуетъ въ классической странѣ конституціонализма — въ Англіи, онъ не нашелъ почвы для своего развитія во Франціи, онъ встрѣтилъ безусловно отрицательное къ себѣ отношеніе въ странахъ, которыя при самомъ введеніи представительнаго строя построили его на началѣ народнаго самоопредѣленія. Институтъ чрезвычайноуказнаго права является удѣломъ лишь небольшой группы государствъ: онъ существуетъ въ Даніи и въ нѣмецкихъ территоріяхъ, политическій строй которыхъ характеризуется преобладаніемъ личнаго начала надъ общественнымъ, затѣмъ въ Австріи, переживающей лишь первыя стадіи конституціоннаго развитія

---

[1]) Не менѣе широко опредѣляютъ нѣмецкія конституціи сферу примѣненія чрезвычайноуказного права. Саксонская конституція уполномочиваетъ короля издавать чрезвычайные указы, «которые настоятельно требуются интересами государственнаго блага, и преходящая цѣль которыхъ, благодаря промедленію, могла бы утратить всякое значеніе (§ 88);» Брауншвейгская: «если интересы государственнаго блага требуютъ спѣшныхъ мѣръ или преходящая цѣль закона могла бы, благодаря промедленію, утратить всякое значеніе (§ 120);» Саксенъ-Веймарская: «Въ томъ случаѣ, если цѣль ихъ, настойчиво диктуемая интересами государственнаго блага требуетъ быстраго ихъ исполненія (§ 61);» Рейссъ-Младшей линіи: настойчиво требуемая интересами государственнаго блага, цѣль которыхъ, благодаря промедленію, могла бы потерять всякое значеніе (§ 66);» Вальдекская: «въ крайнихъ случаяхъ, рѣшительно не терпящихъ отлагательства (§ 7); Ольденбургская «которые настойчиво требуются обстоятельствами и которые не допускаютъ ни отсрочки до ближащей очередной сессіи ландтага и вмѣстѣ съ тѣмъ не позволяютъ (или по важности своей не оправдываютъ) назначенія чрезвычайной сессіи (§ 137); «Шварцбургрудольштадтская» «лишь въ случаѣ неотложной нужды (§ 25);» Шварцбургъ-Зондергаузенская: «если они настойчиво требуются обстоятельствами и не терпятъ отлагательства до момента, когда вновь соберется ландтагъ (§ 39) Ангальтская: «если это потребуется для общественнаго блага, безопасности герцогства или другихъ крайне важныхъ обстоятельствъ (§ 20);» Рейсъ Старшей линіи: «которые безотлагательно требуются интересами государственнаго блага и цѣль которыхъ, вслѣдствіе промедленія цѣликомъ или частью могла бы утратить свое значеніе (§ 67).»

Digitized by Google

и, наконецъ, въ Россіи, въ которой начала правового государства находятся пока только въ зачаточномъ состояніи.

Несмотря, однако, на то, что чрезвычайноуказное право не уживается съ развитымъ конституціоннымъ строемъ, оно, тѣмъ не менѣе, находитъ себѣ въ современной литературѣ со стороны цѣлаго ряда писателей научное обоснованіе и оправданіе съ точки зрѣнія именно этого строя [1]). Эти писатели, по преимуществу

---

[1]) Чрезвычайный указъ, по возврѣнію этихъ писателей является не только полезнымъ, но въ извѣстныхъ случаяхъ и безусловно необходимымъ учрежденіемъ, какъ коррективъ прерывности занятій парламента и той медленности и тяжеловѣсности, которыми страдаетъ законодательная процедура при существованіи представительнаго строя. Образчикомъ такого обоснованія чрезвычайноуказнаго права могутъ служить слѣдующія разсужденія Ганзеля. «Формальное законодательство въ интересахъ правъ, дарованныхъ народному представительству, было обставлено сложными формальностями, которыя, считаясь въ значительной степени съ требованіемъ обезпечить неприкосновенность правъ народа по отношенію къ возможному нарушенію ихъ со стороны правительства, вмѣстѣ съ тѣмъ обусловливаетъ нежелательную тяжеловѣсность всего законодательнаго аппарата. Могутъ наступить обстоятельства, которыя въ интересахъ безопасности государства требуютъ немедленныхъ рѣшеній, быстраго вмѣшательства. Въ такихъ случаяхъ во избѣженіе ущерба государству необходимо предоставить правительству возможность самостоятельно обходить обычный законодательный путь». (Die Nothverordnung nach deutschem Staatsrechte. 1904. S. 3) На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и Еллинекъ въ своей книгѣ «Gesetz und Verordnung». Онъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ оправдываетъ чрезвычайный указъ: «Aus dem Wesen des Staates und der Regierung ergiebt sich, dass es Lagen geben kann, in denen der Augenblick gebieterisch eine principiell im Wege der Gesetzgebung zu erlassende Anordnung erfordert ohne dass dieser Weg mit der nöthigen Eile betreten werden konnte. Versagt eine Verfassung in solchen Fällen der Regierung das Recht der Supplirung des gesetzgeberischen Willens, so schafft sie damit eines jener zu vermeidenden Verhältnisse, wo die Wirksamkeit der natürlichen Kräfte des Staates den von der Rechtsordnung leer gelassenen Raum auszufüllen bestrebt ist... Dem Interesse grösstmöglicher Vollkommenheit der Rechtsordnung entspricht es jedoch, wenn für solche Fälle eine Generalvollmacht für die Regierung verfassungsmässig festgesetzt wird, in dringenden Augenblicken, bei offenbarer Unmöglichkeit den Gesetzesweg sofort zu beschreiten das Nöthige durch gesetzvertretende Verordnung zu veranlassen (стран. 376, 377). Ср. также Stengel, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1890, II томъ, стран. 698, 699); Spiegel, Die kaiserlichen Verordnungen, 1893, стран. 1.

Такія же возврѣнія на институтъ чрезвычайноуказнаго права мы находимъ и въ русской литературѣ; большинство монографій, посвященныхъ 87-й статьѣ нашихъ Основныхъ Законовъ, въ своей теоретической части написаны подъ вліяніемъ нѣмецкихъ возврѣній. Я. М. Магазинеръ, напримѣръ, задавая себѣ вопросъ о томъ, «какія же задачи формально преслѣдуетъ установленіе этого (т.-е. чрезвычайноуказнаго) права?», отвѣчаетъ на него слѣдующими разсужденіями: «Юридически оно можетъ быть выведено только изъ потребности уничтожить или парализовать значеніе медленности и прерывности законодательнаго процесса, изъ желанія сообщить государственному нормотворчеству тотъ характеръ непрерывности и приспособленности къ потребности государственной жизни, который подрывается технико-юридическими недостатками законодательнаго механизма. Сдѣлать законодательный процессъ непрерывнымъ, вопреки прерывному функціонированію его органовъ, сдѣлать его быстрымъ и эластичнымъ, устранивъ медлительную тяжесть его процедуры, сообщить ему цѣлесообразную приспособленность и сохранить его дѣятельную силу даже въ то время, когда онъ бездѣйствуетъ — въ этомъ смыслѣ и сила дискре-

Digitized by Google

нѣмецкіе и австрійскіе ученые, исходятъ всѣ изъ того представленія, что институтъ чрезвычайноуказнаго права, узаконенный дѣйствующей въ ихъ отечествѣ конституціей, является учрежденіемъ нормальнымъ и необходимымъ. Вращаясь въ кругу представленій нѣмецкой государственной науки, они видятъ въ чрезвычайноуказномъ правѣ необходимый реквизитъ монархической власти и органическое звено въ системѣ конституціонныхъ учрежденій. Возникновеніе и развитіе этого института есть, съ ихъ точки зрѣнія, не что иное, какъ возникновеніе и развитіе одного изъ важнѣйшихъ конституціонныхъ учрежденій, дополняющихъ и завершающихъ собою общій строй современнаго правового государства[1]).

Такое отношеніе къ чрезвычайноуказному праву со стороны современныхъ нѣмецкихъ публицистовъ мы склонны объяснить прежде всего тѣмъ, что они изучаютъ его по преимуществу съ формально-юридической стороны и оставляютъ въ тѣни ту обстановку, при которой оно возникло и развилось. И въ самомъ дѣлѣ, всѣ посвященныя чрезвычайноуказному праву многочисленныя монографіи и статьи подвергаютъ тщательному анализу различныя, касающіяся его, постановленія конституцій, но ни одна изъ нихъ не ставитъ себѣ задачей изучить его историческіе корни и выяснить условія и послѣдствія его практическаго примѣненія.

ціонныхъ полномочій правительства въ отсутствіе парламента и въ чрезвычайныхъ обстоятельствахъ». «Только потребность въ непрерывности законотворчества», продолжаетъ М. Я. Магазинеръ, «сталкивающаяся съ прерывностью функцій его органовъ, можетъ дать обоснованіе чрезвычайнымъ полномочіямъ правительства, функціи котораго по существу и на дѣлѣ непрерывны и въ этомъ отношеніи рѣзче передаютъ юридически безсмертную и вѣчнодѣятельную природу самого государства. Съ этой формально-правовой точки зрѣнія, каковы бы ни были историческіе корни чрезвычайноуказнаго права, каковы бы ни были политическія злоупотребленія этимъ правомъ — въ процессѣ своего развитія оно все болѣе и болѣе становится самокорректовомъ представительной системы, т.-е. чрезвычайныя полномочія правительства по смыслу своему должны служить потребностямъ самихъ представительныхъ учрежденій и восполнять недочеты ихъ организаціи и дѣятельности. Съ этой точки зрѣнія, неизбѣжные перерывы въ дѣятельности парламента являются не только правовымъ источникомъ силы правительственныхъ полномочій, но и единственно допустимымъ ихъ юридическимъ объясненіемъ» (стран. 16, 17).

[1]) Такой взглядъ мы встрѣчаемъ и въ русской литературѣ. По словамъ Я. М. Магазинера, «чрезвычайноуказное право въ тенденціи своей стремится стать изъ политическаго восполненія ограниченной монархіи правомѣрнымъ корректовомъ представительства, и единствено въ этомъ можно видѣть раціональныя основанія для существованія этого права въ средѣ современныхъ конституціонныхъ учрежденій. Будучи первоначально направлено противъ основныхъ принциповъ этихъ учрежденій, чрезвычайноуказное право было впослѣдствіи или прямо вычеркнуто изъ конституцій, или же путемъ медленнаго процесса перевоплощенія, обратилось къ задачамъ противоположнымъ, обусловленнымъ принципами конституціонализма», стран. 27.

Digitized by Google

Чрезвычайноуказное право изслѣдуется совершенно отвлеченно, исключительно какъ система абстрактныхъ нормъ внѣ всякой зависимости отъ той реальной обстановки, при которой оно зародилось и того вліянія, которое оно оказало на развитіе политической жизни.

А между тѣмъ ни на одномъ государственноправовомъ институтѣ безплодность исключительно формальнаго метода не выступаетъ, можетъ быть, такъ ярко и убѣдительно, какъ именно на чрезвычайноуказномъ правѣ: трудно найти учрежденіе, которое съ большей рѣзкостью обнаружило бы то противорѣчіе, которое такъ часто существуетъ между опредѣляющими государственноправовой институтъ формальными нормами и фактическими пріемами его примѣненія. Практика чрезвычайноуказнаго права служитъ одной изъ наиболѣе яркихъ иллюстрацій тому, какъ гибки и послушны конституціонные тексты и какъ они сами по себѣ безсильны сдерживать политическія притязанія борющихся между собою политическихъ факторовъ. Въ самомъ дѣлѣ, въ тѣхъ именно государствахъ, въ которыхъ этотъ институтъ всего тщательнѣе обставленъ ограничительными условіями (какъ, напр., въ Австріи), въ этихъ именно государствахъ онъ находитъ себѣ самое капризное примѣненіе, и, наоборотъ, въ государствахъ, въ которыхъ онъ формально всего менѣе ограниченъ, какъ, напр., въ Баденѣ и въ Вюртенбергѣ, въ этихъ государствахъ онъ въ наше время даетъ наименѣе поводовъ къ нареканіямъ въ злоупотребленіяхъ имъ. Между постановленіями конституціи, опредѣляющими чрезвычайноуказное право, и функціонированіемъ ихъ въ дѣйствительной жизни нѣтъ,

---

[1]) Статья 14-я австрійскаго основного закона 21 декабря 1867 года послужила, какъ извѣстно, въ рукахъ правительства однимъ изъ наиболѣе дѣйствительныхъ орудій въ борьбѣ съ парламентомъ, а между тѣмъ именно эта статья среди опредѣленій чрезвычайноуказнаго права признается (Еллинекомъ, напримѣръ) постановленіемъ получившимъ наиболѣе совершенную законодательную разработку (die grösste legislatorische Ausbildung), «Gesetz und Verordnung», стр. 377. Очень высоко съ технической стороны ставитъ этотъ § 14 Австрійской конституціи и баронъ Нольде. Онъ видитъ большую заслугу русскаго законодательства въ томъ, что оно именно его взяло за образецъ при составленіи 87 ст. нашихъ Основныхъ Законовъ. «Сдѣланный выше очеркъ развитія австрійскаго права, говоритъ баронъ Нольде, даетъ возможность констатировать, что русское законодательство, съ незначительными лишь уклоненіями, заимствуя § 14, восприняло результаты очень продолжительнаго и глубокаго политическаго процесса. Въ наше право было внесено постановленіе, представляющее достигнутое продолжительной борьбой завоеваніе австрійскихъ конституціонныхъ партій, которымъ послѣ долгихъ усилій удалось, наконецъ, согласовать институтъ чрезвычайноуказныхъ полномочій монарха съ принципомъ конституціонализма». «Это обстоятельство, продолжаетъ баронъ Нольде, не слѣдуетъ игнорировать и догматическій анализъ нашей 87 ст., намъ кажется вполнѣ подтверждаетъ, что источникъ ея по существу носитъ слѣды зрѣлой и продуманной мысли».

Digitized by Google

очевидно, соотвѣтствія. Изученіе первыхъ независимо отъ второго и не можетъ поэтому дать вѣрнаго представленія о юридическомъ смыслѣ и политическомъ значеніи института чрезвычайноуказнаго права. Если мы хотимъ объяснить и понять чрезвычайный указъ, какъ государственноправовое явленіе, то мы не можемъ ограничиться догматическимъ анализомъ конституціонныхъ текстовъ, а должны отдать себѣ отчетъ въ мотивахъ его возникновенія, въ условіяхъ и формахъ его примѣненія[1]) и въ первую очередь познакомиться съ той политической атмосферой, въ которой онъ зародился и съ той исторической обстановкой, при которой онъ возникъ и сложился.

Сдѣлать первый шагъ въ этомъ направленіи — задача настоящаго очерка. Мы не ставимъ себѣ въ немъ цѣлью дать хотя бы сколько-нибудь исчерпывающій очеркъ возникновенія и развитія чрезвычайноуказнаго права, а хотимъ лишь въ самыхъ общихъ чертахъ указать на мѣсто и время возникновенія этого учрежденія; мы думаемъ, что и такое указаніе дастъ точку опоры для предварительной провѣрки господствующаго въ современной литературѣ воззрѣнія на смыслъ и значеніе чрезвычайноуказного права и на его мѣсто въ системѣ учрежденій современнаго конституціоннаго государства.

---

[1]) Между тѣмъ съ этой точки зрѣнія институтъ чрезвычайноуказного права еще не изучался и всѣ, посвященныя ему, научныя работы вращались въ рамкахъ догматическаго анализа конституціонныхъ текстовъ. Если мы въ этихъ работахъ и встрѣчаемся со страницами, весьма, впрочемъ, немногочисленными, говорящими объ исторіи чрезвычайноуказного права, то они представляютъ собою въ большинствѣ случаевъ не что иное, какъ отрывочныя справки о происхожденіи отдѣльныхъ параграфовъ конституцій, имѣющихъ отношеніе къ чрезвычайноуказному праву. См. проф. баронъ Б. Э. Нольде. Очерки русскаго конституціоннаго права. Отдѣльный оттискъ изъ «Извѣстій С.-Петербургскаго Политехническаго Института», за 1907 годъ. Томъ VIII, стран. 12—32. Магазинеръ. Чрезвычайноуказное право въ Россіи. С.-Петербургъ, 1911, стран. 17—24. L. Spiegel. Die kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft nach oesterreichischem Staatsrechte. Wien, 1893, стран. 1—13; P. von Oppermann. Das Notverordnungsrecht der Preussischen Verfassung. Göttingen, 1897, стран. 8—21; F. Glatzer. Das Recht der provisorischen Gesetzgebung in Sonderheit nach Preussischem Staatsrecht. Breslau 1899, стран. 15—18; E. Messerschmidt. Das Notverordnungsrecht nach Preussischem Staatsrecht. Königsberg P., 1901, стран. 9—16; H. Hansel. Die Notverordnung uach Deutschem Staatsrechte. Leipzig, 1904, стран. 4—5. Neisser. Zur Geschichte des § 14 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom 21. December 1867. Wien, 1898; I. Hatschek. Der Ursprung der Notverordnung. Ein Beitrag zur Receptionsgeschichte des Englischen Staatsrechts. Wien, 1899; A. Friedmann. Geschichte und Struktur der Notstandsverordnungen. Stuttgart, 1903. Buch I, Kapitel I. Die Geschichte der Notstandsverordnungen im Staatsrecht, стран. 5—52. L. Spiegel. Zur Lehre vom Ursprung der Notverordnung. Zeitschrift für das Privat-und öffentliche Recht der Gegenwart. XXXIV, стран. 497—536; 1907.

Digitized by Google

II.

Въ первый періодъ конституціонной жизни континентальной Европы мы не встрѣчаемся съ институтомъ чрезвычайноуказнаго права, какъ онъ въ наше время формулированъ § 14 австрійскаго конституціоннаго закона 21 декабря 1867 года и ст. 87 нашихъ Основныхъ Законовъ.

Въ конституціяхъ этой эпохи мы находимъ лишь или постановленія, которыя говорятъ объ указномъ правѣ монарха вообще, какъ § 14 французской хартіи 1814 года, опредѣляющій, что король уполномоченъ издавать указы для исполненія законовъ и для государственной безопасности, или спеціальныя узаконенія на случай наступленія чрезвычайныхъ обстоятельствъ, какъ 92 статья конституціи 22 Фримера VIII года, установляющая, что въ случаѣ мятежа или вооруженнаго возстанія парламентъ, а въ его отсутствіи правительство имѣетъ право останавливать дѣйствіе конституціи въ опредѣленной мѣстности и на опредѣленный срокъ [1]). О правѣ же главы государства издавать въ отсутствіе парламента въ формѣ указа правовыя нормы, разсчитанныя на обычное теченіе государственной жизни, ни въ одной изъ конституцій этого времени не упоминается.

Не говорится о немъ и во французской хартіи 1814 года.

И если въ современной литературѣ очень упорно держится мнѣніе, по которому § 14 этой хартіи является родоначальникомъ конституціонныхъ опредѣленій, установляющихъ чрезвычайноуказное право, то это мнѣніе нельзя признать правильнымъ.

Это воззрѣніе, впервые высказанное нѣмецкими учеными, а затѣмъ повторенное и русскими государствовѣдами, не считается ни съ буквальнымъ смысломъ 14 статьи хартіи, ни съ ея примѣненіемъ.

Статья эта ничего не говоритъ объ исключительныхъ полномочіяхъ монарха въ области правотворчества, а въ самыхъ общихъ выраженіяхъ очерчиваетъ компетенцію монарха, какъ главы правительства, вообще. Упоминая въ заключеніе этого перечисленія и о правѣ монарха издавать ордонансы и регламенты, она не выдѣляетъ изъ общей указной сферы монарха особаго полномочія — устанавливать въ формѣ одностороннихъ правительственныхъ актовъ

---

[1]) Dans les cas de révolte à main armée ou de troubles, qui menacent la sûreté de l'Etat la loi peut suspendre dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la Constitution. Cette suspension peut-être provisoirement déclarée dans les mêmes cas, par un arrêté du gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté.

Digitized by Google

нормы, относящіяся къ компетенціи законодательныхъ органовъ — а говоритъ лишь о правѣ монарха вообще издавать регламенты, необходимые для исполненія законовъ и для безопасности государства.

Это послѣднее опредѣленіе, упоминающее объ указахъ для охраненія государственной безопасности, и дало поводъ выдѣлить въ особое полномочіе право монарха издавать административныя распоряженія въ чрезвычайныхъ случаяхъ; но это право вплоть до конца двадцатыхъ годовъ, ни теоріей, ни практикой не понималось въ смыслѣ власти монарха законодательствовать въ отсутствіе парламента, а истолковывалось какъ полномочіе принимать временныя чрезвычайныя мѣры, въ случаяхъ государственной опасности, какъ-то: иноземнаго нашествія, внутренняго мятежа, стихійнаго бѣдствія и т. п. Такое истолкованіе § 14 всего безспорнѣе подтверждается тѣмъ характернымъ фактомъ, что за все время правленія Людовика XVIII и въ первые годы царствованія Карла X не было издано ни одного ордонанса, который, ссылаясь на § 14, представлялъ бы собою декретированіе правовой нормы, издаваемой въ отсутствіе парламента въ виду ея неотложности; всѣ изданные въ эту эпоху на основаніи § 14 указы являются чрезвычайными мѣрами, принимавшимися въ виду исключительныхъ и преходящихъ обстоятельствъ. Таковы между прочими тѣ мѣры, которыя были приняты во время 100 дней, когда вступленіе Наполеона на французскую территорію вызвало междоусобную войну и грозило самому существованію монархіи Бурбоновъ.

Это пониманіе 14 статьи вполнѣ согласуется и съ основными опредѣленіями хартіи. Эта хартія, какъ бы она широко не очерчивала компетенцію монарха, все же не вооружала его самостоятельными законодательными функціями, а выставляла короля лишь главой власти исполнительной; она отдѣляла законодательную власть отъ правительственной и признавала органомъ первой сложное учрежденіе, состоящее изъ двухъ палатъ и короля, а органомъ второй — монарха. И ни одна изъ партій, стоявшихъ на почвѣ этой хартіи, не выступала съ доктриной, которая отрицала бы разграниченіе закона отъ распоряженія и не признавала бы начала подчиненія указа закону.

Правда, правительство въ виду крайней неопредѣленности границъ указнаго права, какъ его формулировала ст. 14, было склонно широко пользоваться имъ и этимъ вызывало неоднократныя нареканія и въ парламентѣ, и въ печати, но оно ни разу не воспользовалось имъ для установленія правовыхъ нормъ помимо парламента. Оно предпочитало для проведенія своей реакціонной политики прибѣгать къ исключительнымъ законамъ, которые, какъ

Digitized by Google

извѣстно, въ царствованіе Людовика XVIII были изданы въ большомъ количествѣ, и которые для своего установленія не встрѣчали препятствій со стороны парламента, въ своемъ большинствѣ солидарнаго съ начинаніями правительства.

И пока парламентъ и правительство жили между собою въ мирѣ, § 14 не давалъ повода къ вторженію исполнительной власти въ компетенцію парламента. Когда же съ назначеніемъ Полиньяка главою министерства, политика Карла X дѣлаетъ крутой поворотъ въ сторону реакціоннаго меньшинства, тогда отношенія между королемъ и парламентомъ получаютъ иной характеръ и вмѣстѣ съ ними мѣняются и взгляды правительства на смыслъ и значеніе § 14. Примѣненіе указнаго права вступаетъ въ новый фазисъ. Министры Карла X выдвигаютъ доктрину, которая нашла себѣ выраженіе въ знаменитыхъ іюльскихъ прокламаціяхъ, доктрину, по которой монархъ, обладающій первичной суверенной властью, имѣетъ право въ критическія минуты государственной жизни путемъ указа принимать всѣ необходимыя для поддержанія государственнаго порядка мѣры, не стѣсняясь ни закономъ, ни конституціей и руководствуясь исключительно своимъ пониманіемъ общественнаго блага.

Эта доктрина не нашла себѣ, однако, почвы въ политическихъ и общественныхъ условіяхъ Франціи и встрѣтила самый рѣшительный отпоръ со стороны общественнаго мнѣнія и парламента.

Разразилась катастрофа — іюльская революція, которая разъ навсегда подкосила во Франціи монархію Божіею милостію и раскрыла путь къ упроченію конституціоннаго порядка, построеннаго на началѣ общественнаго самоопредѣленія. Законъ, какъ выраженіе этого самоопредѣленія, былъ признанъ верховнымъ началомъ государственной жизни и подчинилъ себѣ указъ. § 14 хартіи, былъ отмѣненъ и замѣненъ параграфомъ, постановлявшимъ, что король издаетъ регламенты и ордонансы, необходимые для исполненія законовъ, но не имѣетъ права ни отмѣнять законовъ, ни освобождать отъ ихъ соблюденія (sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles mêmes, ni dispenser de leur execution).

Іюльская революція осудила, такимъ образомъ, самымъ рѣшительнымъ образомъ доктрину, приписывавшую монарху право въ извѣстныхъ случаяхъ въ интересахъ государственнаго блага пріостанавливать дѣйствіе законовъ и издавать временныя мѣры contra et praeter legem; и конституціонный актъ 14 августа 1830 года, отмѣнившій § 14 хартіи, ввелъ власть короля издавать ордонансы въ строгія правовыя рамки и этимъ отнялъ почву для дальнѣйшаго

Digitized by Google

развитія указнаго права монарха въ направленіи, благопріятномъ расширенію дискреціонной власти правительства[1]).

III.

Пока въ обновленной Европѣ существовали лишь государства, политическая организація которыхъ была построена на началахъ провозглашенныхъ французской революціей, до тѣхъ поръ и не слагался институтъ чрезвычайноуказнаго права, стоявшій въ прямомъ противорѣчіи съ этими началами. Для того, чтобы могъ возникнуть этотъ интситутъ, должно было появиться на историческую сцену конституціонное государство особаго типа, конституціонное государство, которое своимъ основнымъ началомъ признавало бы не верховенство закона, а суверенитетъ монарха.

Такимъ государствомъ и явилась нѣмецкая конституціонная монархія, какъ она складывается въ концѣ второго десятилѣтія прошлаго вѣка. Она была построена на строгомъ и послѣдовательномъ проведеніи монархическаго принципа. Согласно этому началу, всѣ существенныя полномочія верховной власти и послѣ паденія стараго порядка остаются сосредоточенными въ монархѣ; призванное же имъ къ жизни народное представительство допускается имъ лишь къ осуществленію нѣкоторыхъ функцій государственной власти. Этимъ допущеніемъ народное представительство, однако, не становится созаконодателемъ и соправителемъ, а вводится лишь, какъ новое звено въ общую систему подчиненныхъ монарху учрежденій со спеціальнымъ назначеніемъ стоять на стражѣ интересовъ народа и охранять дарованныя ему конституціей права. Между закономъ и указомъ нѣтъ, по ихъ источнику, существеннаго различія: и тотъ и другой являются выраженіями воли монарха; все различіе сводится лишь къ тому, что указъ издается монархомъ совершенно самостоятельно, законъ же не иначе, какъ съ предварительнаго согласія народнаго представительства, но это участіе парламента въ законодательной дѣятельности отнюдь не измѣняетъ самого существа закона, какъ предписаніе монарха. Монархъ остается и при конституціонномъ строѣ высшимъ судьею интересовъ государства, ихъ верховнымъ вершителемъ и покровителемъ. И когда поэтому эти интересы требуютъ безотлагательно установленія нормъ, то монархъ не только имѣетъ право, но и обязанъ избрать для ихъ изданія кратчайшій путь, т.-е. установить ихъ

[1]) Исторію чрезвычайноуказнаго права во Франціи въ эпоху реставраціи мы предполагаемъ сдѣлать предметомъ спеціальной работы. Она появится въ концѣ текущаго года и дастъ подробное обоснованіе тѣмъ положеніямъ, которыя въ настоящемъ очеркѣ мы могли лишь намѣтить.

Digitized by Google

административнымъ распоряженіемъ, другими словами, издать чрезвычайный указъ.

Неудивительно поэтому, что первыя же нѣмецкія конституціи отводятъ указному праву монарха широкую область примѣненія и вводятъ институтъ чрезвычайноуказнаго права въ систему учрежденій представительнаго строя, какъ одинъ изъ его важнѣйшихъ элементовъ.

Мы и находимъ его въ конституціи Бадена 1818 года, въ хартіи Вюртемберга 1819 года и въ основномъ законѣ Гессена 1820 года.

Первый изъ этихъ учредительныхъ актовъ посвящаетъ указному праву монарха особый параграфъ (66), обстоятельно и подробно опредѣляющій различные виды указовъ, издаваемыхъ монархомъ. Этотъ параграфъ въ первой своей части уполномачиваетъ монарха на изданіе административныхъ распоряженій, необходимыхъ для исполненія законовъ и для государственной безопасности, во второй онъ вооружаетъ его правомъ, о которомъ до того времени ни одна конституція не упоминала, а именно правомъ издавать указы, которые по природѣ своей подлежатъ обсужденію палатъ, но которыхъ настоятельно требуютъ интересы государственнаго блага и преходящая цѣль которыхъ, благодаря промедленію, могла бы утратить всякое значеніе[1]).

Это постановленіе баденской хартіи, которое затѣмъ воспроизводится и въ другихъ нѣмецкихъ конституціяхъ, впервые вполнѣ опредѣленно формулируетъ институтъ чрезвычайнаго указа въ смыслѣ права монарха своей единоличной властью не только издавать временныя мѣры безопасности, вызванныя исключительными и преходящими обстоятельствами, но и установлять правовыя нормы во всей области законодательства и регулировать ими нормальныя отношенія текущей общественной жизни. Въ этомъ смыслѣ этотъ параграфъ и примѣнялся съ первыхъ же дней своего существованія и въ этомъ же смыслѣ онъ истолковывается теоріей и практикой вплоть до нашихъ дней. Новѣйшій коментаторъ баденской конституціи Вальцъ въ своемъ Staatsrecht des Grossherzogthum Baden, вышедшей въ 1909 г., категорически утверждаетъ, что право главы государства издавать чрезвычайные указы, согласно § 66 конституціи, распространяется на всѣ предметы законодательства, не

---

[1]) Der Grossherzog bestätigt und promulgirt die Gesetze, erlässt die zu deren Vollziehung und Handhabung erforderlichen — die aus dem Aufsichts-und Verwaltungsrecht abfliessenden und alle für die Sicherheit des Staates nötigen Verfügungen, Reglements und allgemeinen Verordnungen. Er erlässt auch solche ihrer Natur nach zwar zur ständischen Berathung geeignete, aber durch das Staatswohl dringend gebotene, Verordnungen, deren vorübergehender Zweck durch jede Verzögerung vereitelt würde.

Digitized by Google

исключая и основныхъ законовъ (стран. 215 и 216). Въ новѣйшемъ изданіи 1905 года «Нѣмецкаго государственнаго права» Георга Мейера въ обработкѣ Аншютца мы читаемъ, что въ большинствѣ нѣмецкихъ государствъ въ формѣ чрезвычайныхъ указовъ могутъ быть изданы всѣ распоряженія, которыя при обычномъ теченіи вещей должны быть изданы въ формѣ законовъ (стран. 578).

Установленію чрезвычайноуказнаго права въ нѣмецкихъ государствахъ и его широкому примѣненію благопріятствовали не только тѣ государственноправовые принципы, на которыхъ былъ построенъ представительный строй этихъ государствъ, но и тѣ условія общественной жизни, при которыхъ онъ зародился и то соотношеніе политическихъ и соціальныхъ факторовъ, при которыхъ онъ возникъ.

Народное представительство въ южно-германскихъ государствахъ въ первый періодъ своего существованія не могло завоевать себѣ авторитетнаго положенія, которое сдѣлало бы его способнымъ умѣрять власть монарха и сдерживать административный произволъ. Оно не имѣло корней ни въ обществѣ, разбитомъ на отдѣльныя соперничавшія между собою сословія, ни въ населеніи, состоявшемъ изъ разнородныхъ элементовъ — обломковъ сошедшихъ съ исторической сцены государственныхъ образованій и лишь недавно объединенныхъ въ новыя политическія тѣла. Парламентъ не имѣлъ опоры въ общественномъ мнѣніи, которое было лишено всякой организаціи и находило себѣ лишь слабое выраженіе въ печати, забитой и запуганной цензурой; общество не имѣло за собою конституціоннаго прошлаго и не успѣло еще оріентироваться въ новыхъ и чуждыхъ для него условіяхъ, оно и оказалось, поэтому, совершенно неспособнымъ выступить съ опредѣленными взглядами и съ ясными и настойчивыми требованіями.

Этому безпомощному парламенту и этимъ разрозненнымъ общественнымъ силамъ противустояла сильная своею организаціей правительственная власть, опиравшаяся на созданную ею армію, на централизованную администрацію и на дисциплинированное чиновничество.

Неудивительно, что при такомъ соотношеніи силъ — правительства и народнаго представительства — послѣднее было осуждено на очень скромную роль и было неспособно оказывать сколько-нибудь успѣшное противодѣйствіе стремленію монархической власти сохранить и при конституціонномъ строѣ свое первенствующее значеніе. Въ этомъ ихъ стремленіи правительства Бадена, Вюртемберга и Гессена встрѣчали самую дѣятельную и энергичную поддержку со стороны германскаго союза, въ которомъ въ это именно время

Digitized by Google

реакціонная политика Пруссіи и Австріи достигаетъ своего апогея и въ которомъ антиконституціонныя тенденціи находятъ себѣ самое яркое и рѣзкое выраженіе въ цѣломъ рядѣ резолюцій Германскаго Союзнаго Совѣта, внушенныхъ ненавистью къ конституціонному строю. Естественно, что при такихъ условіяхъ чрезвычайноуказное право получаетъ въ южно-германскихъ государствахъ самое произвольное примѣненіе; и однимъ изъ наиболѣе рѣзкихъ тому примѣровъ можетъ служить тотъ фактъ, что всѣ главнѣйшія постановленія германскаго союза, направленныя противъ конституціонныхъ учрежденій и противъ гарантированныхъ конституціей такъ называемыхъ основныхъ правъ гражданъ, проводятся въ отдѣльныхъ государствахъ помимо и вопреки палатъ именно въ формѣ чрезвычайныхъ указовъ или, какъ они тогда назывались, въ формѣ провизорныхъ законовъ.

Это широкое пользованіе чрезвычайноуказнымъ правомъ не могло не вызвать протестовъ со стороны парламента и не возбуждать общественнаго неудовольствія. Но и эти протесты, и это неудовольствіе въ первые годы нѣмецкой конституціонной жизни были настолько сдержаны и нерѣшительны, что не производили впечатлѣнія на правительство и не влекли за собою никакихъ сколько-нибудь серіозныхъ практическихъ послѣдствій.

Лишь въ эпоху тридцатыхъ годовъ мѣняется ихъ характеръ и начинаютъ сказываться ихъ послѣдствія.

Іюльская революція производитъ сильное впечатлѣніе на политическое настроеніе нѣмецкаго общества и дѣлаетъ его особенно чувствительнымъ къ антиконституціонному примѣненію указнаго права. Протесты палатъ учащаются и становятся болѣе опредѣленными и рѣзкими; ихъ поддерживаетъ общественное мнѣніе; къ нимъ прислушиваются публицисты и государствовѣды. Подъ вліяніемъ этого движенія слагаются общія воззрѣнія на предѣлы указнаго права и на гарантіи, которыя могли бы предупредить злоупотребленія имъ. Нѣмецкая политическая доктрина продолжаетъ исповѣдывать монархическій принципъ и попрежнему признаетъ за главой государства право въ извѣстныхъ случаяхъ издавать правовыя нормы и принимать мѣры безъ участія парламента, но она теперь требуетъ, чтобы это право было введено въ опредѣленныя рамки и чтобы она была обставлена надлежащими гарантіями.

Эти требованія и отражаются на постановленіяхъ нѣмецкихъ конституцій, изданныхъ послѣ 1830 года, начиная съ Саксонской хартіи 1831 года, и кончая конституціей Рейсса ст. лин. 1867 года. Всѣ эти конституціи обставляютъ чрезвычайноуказное право

Digitized by Google

монарха болѣе или менѣе одинаковыми ограничительными условіями, которыя могутъ быть сведены къ слѣдующимъ началамъ.

Во-первыхъ, чрезвычайный указъ издается подъ отвѣтственностью всего министерства и не иначе какъ въ промежутки между законодательными сессіями. Во-вторыхъ, онъ не можетъ касаться измѣненій конституціи и избирательнаго закона. Въ-третьихъ, онъ по созывѣ палатъ долженъ быть предложенъ на ихъ утвержденіе.

Эти ограничительныя условія, какъ очень скоро обнаружила практика примѣненія чрезвычайноуказнаго права, оказались, однако, неспособными поставить свободному усмотрѣнію правительства, вооруженнаго чрезвычайноуказными полномочіями, сколько-нибудь дѣйствительныя правовыя границы.

Въ самомъ дѣлѣ: за все время существованія чрезвычайноуказнаго права важнѣйшая изъ гарантій, долженствовавшихъ ввести это право въ конституціонныя рамки, — министерская отвѣтственность — ни разу не нашла себѣ примѣненія; право палатъ принимать или отвергать провизорные законы, изданные въ ихъ отсутствіи, обнаружило себя также совершенно безсильнымъ правомъ: оно ставило палаты передъ совершившимися фактами, которые никакой простестъ не могъ сдѣлать несовершившимися и вся дѣятельность парламента, выразившаяся въ пользованіи этимъ правомъ, свелась къ молчаливому зарегистрированію народными представителями списка провизорныхъ законовъ, изданныхъ въ отсутствіи палатъ.

Изучая законодательство и практику примѣненія чрезвычайноуказнаго права въ Германіи, начиная съ 30-хъ годовъ, мы не можемъ усмотрѣть въ нихъ никакого движенія впередъ ни въ смыслѣ ограниченія чрезвычайноуказнаго права, ни въ смыслѣ усовершенствованія тѣхъ гарантій, которыя могли бы умѣрить произволъ правительства при пользованіи этимъ институтомъ. Нельзя поэтому согласиться съ мнѣніемъ М. Я. Магазинера, который утвержрдаетъ, что чрезвычайноуказное право «путемъ медленнаго процесса перевоплощенія» стремилось стать изъ политическаго восполненія ограниченной монархіи правомѣрнымъ коррективомъ представительства (стран. 27).

Такого «процесса перевоплощенія» мы въ исторіи чрезвычайнаго права въ Германіи не находимъ. Этотъ институтъ застываетъ здѣсь въ тѣхъ формахъ, въ которыхъ онъ сложился въ эпоху тридцатыхъ годовъ. Когда же для Германіи наступила новая эра политической жизни, этотъ институтъ не находитъ себѣ мѣста въ имперской конституціи; эта конституція обезпечиваетъ рейхстагу въ области правотворчества авторитетъ, не допускающій ни при какихъ

Digitized by Google

условіяхъ конкурренціи односторонних распоряженій правительства съ законодательными актами, состоявшимися при участіи парламента.

Институтъ чрезвычайноуказнаго права, какъ онъ сложился въ 30-хъ годахъ въ нѣмецкихъ государствахъ, не находитъ себѣ подражанія и ни въ одномъ изъ государствъ, усвоившихъ себѣ конституціонный строй въ послѣднюю четверть прошлаго вѣка и въ текущемъ столѣтіи, за исключеніемъ только Австріи и Россіи.

Въ конституціяхъ Турціи 76-го года, Болгаріи 79-го года, Японіи 89-го года и Черногоріи 1905 года мы находимъ, правда, постановленія, говорящія о чрезвычайноуказномъ правѣ монарха, но эти постановленія ограничиваютъ это право лишь случаями чрезвычайной опасности и не распространяются на регулированіе общественныхъ отношеній при обычномъ теченіи государственной жизни. Они даютъ монарху право на изданіе временныхъ мѣръ въ виду преходящихъ конкретныхъ явленій, угрожающихъ внѣшней безопасности или внутреннему спокойствію государства, но не уполномочиваютъ его на изданіе общихъ правовыхъ нормъ, разсчитанныхъ на типическія отношенія[1]).

IV.

Сдѣланный нами краткій очеркъ происхожденія и распространенія чрезвычайноуказнаго права приводитъ насъ къ выводамъ, не лишеннымъ значенія для оцѣнки этого учрежденія.

Институтъ чрезвычайноуказнаго права совершенно чуждъ конституціонной жизни континентальной Европы въ первый фазисъ ея развитія. Мы не находимъ его ни въ теоріи, ни въ положительномъ правѣ этой эпохи, отмѣченной преобладаніемъ началъ, провозглашенныхъ французской революціей.

Оставаясь неизвѣстнымъ французскому конституціонному праву, основанному на началахъ общественнаго самоопредѣленія и раздѣленія властей, онъ появляется лишь къ концу второго десятилѣтія прошлаго вѣка вмѣстѣ съ нѣмецкой конституціонной доктриной, построенной на противоположныхъ принципахъ, на началѣ личнаго управленія и объединенія верховныхъ функцій въ одномъ

---

[1]) Ст. 8 Японской конституціи предоставляетъ императору право издавать указы съ силою закона лишь «въ случаяхъ крайней нужды» для поддержанія общественнаго спокойствія и безопасности и для предотвращенія бѣдствій. § 47 Болгарской конституціи уполномочиваетъ правительство издавать распоряженія съ силою закона въ случаѣ опасности извнѣ или извнутри. Аналогичныя постановленія мы находимъ въ конституціяхъ Турецкой (ст. 36) и Черногорской (ст. 75).

Digitized by Google

факторѣ, другими словами, на монархическомъ принципѣ. Сложившись въ сторонѣ отъ той магистральной линіи, по которой шло развитіе конституціонализма, институтъ чрезвычайноуказнаго права остался безъ примѣненія въ государствахъ, въ которыхъ это развитіе получило свое завершеніе, и нашелъ почву для своего существованія лишь въ небольшой группѣ государствъ, въ которыхъ начала правового государства не нашли себѣ пока полнаго признанія и въ которыхъ они и въ наше время еще въ значительной мѣрѣ заслоняются тенденціями, сохранившимися отъ стараго порядка.

Это прошлое и это настоящее института чрезвычайноуказнаго права произноситъ надъ нимъ приговоръ, который трудно согласовать съ господствующей въ современной литературѣ теоріей, пытающейся оправдать этотъ институтъ съ точки зрѣнія конституціоннаго строя.

Представители этой теоріи подкрѣпляютъ свой взглядъ въ сущности слѣдующимъ только доводомъ, который мы приведемъ здѣсь словами М. Я. Магазинера:

«Бываютъ», говоритъ онъ, «въ жизни государства моменты, когда наступаютъ исключительныя обстоятельства, неотложно требующія мѣръ законодательнаго характера, между тѣмъ, парламентъ, безъ котораго эти мѣры не могутъ быть приняты, прекратилъ свои занятія. Въ такихъ исключительныхъ обстоятельствахъ исполнительной власти должны быть[1]) предоставлены соотвѣтствующія имъ исключительныя полномочія и сфера административной дѣятельности парламента должна быть[1]) раздвинута включеніемъ въ эту сферу вопросовъ законодательнаго характера»[2]).

Въ отвѣтъ на эту аргументацію напрашиваются слѣдующія соображенія:

Потребность въ правовыхъ предписаніяхъ, регулирующихъ нормальныя общественныя отношенія, обусловливается не исключительными обстоятельствами, возникающими внезапно и не могущими быть предвидѣнными въ теченіе законодательныхъ сессій, а вызывается общественными условіями, слагающимися постепенно, путемъ длительнаго процесса, всегда могущими быть уловленными законодательными органами.

Исключительныя обстоятельства, которыя наступаютъ неожиданно и которыя недоступны предвидѣнію этихъ органовъ, какъ то мятежи и возстанія, стихійныя катастрофы и народныя бѣдствія

---

[1]) Разрядка наша.
[2]) Магазинеръ. Чрезвычайноуказное право въ Россіи, стр. 8.

Digitized by Google

въ видѣ наводненія, землетрясенія, голода, эпидеміи и т. п. вызываютъ потребность не въ органическихъ законахъ, разсчитанныхъ на длительное существованіе, а въ чрезвычайныхъ временныхъ мѣрахъ. Для изданія же такихъ мѣръ вовсе не требуется института чрезвычайноуказнаго права, дающаго правительству право указами регулировать общественныя отношенія, а совершенно достаточно узаконеній, уполномочивающихъ правительство въ отсутствіе парламента въ случаяхъ наступленія обстоятельствъ, грозящихъ государству крайней опасностью, издавать временныя чрезвычайныя мѣры съ тѣмъ, однако, условіемъ, чтобы одновременно съ этими мѣрами было издано распоряженіе о созваніи въ возможно кратчайшій срокъ парламента для узаконенія этихъ мѣръ. При томъ техническомъ совершенствѣ, котораго достигли въ наше время всякіе способы сношеній и сообщеній — почтовыхъ, телеграфныхъ, желѣзнодорожныхъ, пароходныхъ и всякихъ другихъ, такой созывъ парламента не можетъ встрѣтить серіозныхъ препятствій: и если мобилизація многотысячныхъ армій совершается въ наше время въ нѣсколько дней, то тѣмъ легче и проще въ соотвѣтствующій срокъ созвать парламентъ, состоящій изъ нѣсколькихъ сотъ человѣкъ.

Но если бы созваніе парламента въ экстренныхъ случаяхъ и встрѣчало серіозныя затрудненія, то они, во всякомъ случаѣ, преодолимы, и, будучи техническаго характера, никоимъ образомъ не могутъ идти въ сравненіе съ отрицательными сторонами чрезвычайной указной власти правительства, имѣющими глубокопринципіальное значеніе. Институтъ чрезвычайноуказнаго права никогда не игралъ въ тѣхъ государствахъ, въ которыхъ онъ получилъ наиболѣе широкое примѣненіе, той роли, которую ему приписываетъ пытающаяся его оправдать теорія — роли корректива къ представительному строю, придающаго законодательному процессу быстроту и эластичность, а напротивъ, всегда являлся тормазомъ для правильнаго теченія конституціонной жизни, служа въ рукахъ правительства орудіемъ для свободнаго проведенія своихъ начинаній помимо парламента, а нерѣдко и вопреки ему.

Мы кончили. Послѣдній нашъ выводъ можетъ быть формулированъ въ слѣдующемъ положеніи:

Институтъ чрезвычайноуказнаго права, какъ онъ сложился въ нѣмецкихъ государствахъ, и какъ онъ усвоенъ австрійскимъ и русскимъ законодательствами, съ точки зрѣнія конституціонно-правовой представляетъ собою учрежденіе, стоящее въ принципіальномъ противорѣчіи съ основными требованіями правового государства; съ точки зрѣнія политической это — не коррективъ

Digitized by Google

представительства, а удобное средство въ рукахъ правительственной власти вносить и при конституціонномъ порядкѣ свободу усмотрѣнія въ область законодательства; съ точки зрѣнія исторической это — не необходимый моментъ въ развитіи конституціонныхъ учрежденій и не институтъ, сложившійся въ органической съ ними связи, а преходящій эпизодъ въ политической жизни небольшой группы государствъ, эпизодъ, который отойдетъ въ прошлое вмѣстѣ съ цѣлымъ рядомъ другихъ аналогичныхъ ему явленій, представляющихъ собою запоздалые отзвуки пережитаго порядка.

А. С. Алексѣевъ.

Digitized by Google

Преемственность или прерывность законодательныхъ работъ.

На очереди стоитъ существенный вопросъ конституціоннаго права; онъ сводится къ тому — считать ли, что роспускъ Думы въ силу ли истеченія срока, на который она выбрана, или по рѣшенію Государя, дѣйствующаго въ согласіи съ членами имъ же назначеннаго правительства, является концомъ всей законодательной работы палаты, или эти работы завершаются въ слѣдующій за тѣмъ законодательный періодъ при новой Думѣ.

Вопросъ былъ переданъ на разсмотрѣніе комиссіи законодательныхъ предположеній; искали отвѣта на него въ текстѣ нашихъ Основныхъ Законовъ, въ «Учрежденіяхъ Гос. Думы и Государственнаго Совѣта»; искали, и не нашли. Въ желаніи что-либо найти — сомнѣваться нѣтъ основаній послѣ того, какъ одни въ словѣ «единеніе» Государя съ Думою и Совѣтомъ пожелали видѣть доказательство начала прерывности законодательной дѣятельности, а другіе — въ заявленіи, что законопроекты, не получившіе утвержденія Государя, признаются несостоявшимися — доказательство тому, что преемственность отвѣчаетъ духу нашихъ государственныхъ учрежденій, иначе, дескать, было бы оговорено, что несостоявшимися считаются и законы, не прошедшіе черезъ всѣ стадіи до окончательнаго роспуска Гос. Думы. Всего ближе къ истинѣ стоитъ, несомнѣнно, тотъ взглядъ, что законодатель оставилъ этотъ вопросъ нерѣшеннымъ; но за отсутствіемъ постановленія законодателя не выясненъ ли этотъ вопросъ практикой, несмотря на всю ея кратковременность. Надо сказать, что и въ первой и во второй Думѣ, которыя обѣ были распущены, оказались поэтому законы, не дошедшіе до послѣдней стадіи разсмотрѣнія ихъ въ общемъ собраніи Государственнаго Совѣта. Такимъ въ 1-й Думѣ былъ законъ объ отмѣнѣ смертной казни, а во второй — рядъ законовъ менѣе серіознаго значенія, съ которыми легко можно было бы и повременить. Оба раза Государственный Совѣтъ высказался

Digitized by Google

противъ ихъ дальнѣйшаго разсмотрѣнія. Созданъ ли этимъ прецедентъ? Большинство, повидимому, склоняется къ той мысли, что нѣтъ; а основанія къ тому слѣдующія — роспускъ наступилъ до срока по статьѣ 115-й.

Признаюсь, я такого разсужденія не понимаю. Нѣтъ ни одной европейской конституціи, которая бы мѣшала роспуску представительныхъ собраній до срока. Въ Англіи, напр., когда кабинетъ полагаетъ, что Палата перестала выражать дѣйствительное мнѣніе страны, то обращается къ монарху съ ходатайствомъ о ея роспускѣ; отъ монарха зависитъ или исполнить это ходатайство, или принять предлагаемую при этомъ одновременно отставку кабинета. Но чтобы гдѣ-либо установливалось различіе между законопроектами, не разсмотрѣнными палатами, съ одной стороны, вслѣдствіе истеченія срока ихъ полномочій, съ другой — въ виду преждевременнаго роспуска — объ этомъ я нигдѣ не слыхалъ и не читалъ.

И на чемъ можетъ держаться такое различіе, если не на томъ фальшивомъ представленіи, что преждевременный роспускъ есть кара и что карой можетъ быть лишеніе силы за тѣми или другими постановленіями относительно общеобязательныхъ нормъ только потому, что они были разсмотрѣны «крамольной палатой»?

Но пойдемъ далѣе. При отсутствіи закона и при недостаточности прецедентовъ членамъ Государственнаго Совѣта не остается другого пути къ рѣшенію, какъ руководствоваться иноземной практикой и иноземнымъ законодательствомъ, да еще той «юриспруденціей», которая развилась на почвѣ этой практики и этого законодательства.

Я не спроста предпосылаю слово «практика» слову «законодательство». Дѣло въ томъ, что почти вездѣ этотъ вопросъ рѣшается практикой, нашедшей выраженіе себѣ или въ прецедентахъ или въ наказѣ палаты. Законодательствомъ она рѣшена только въ Бельгіи и притомъ не издавна, а лишь въ 1893 году; и рѣшена въ смыслѣ преемственности. Самъ по себѣ этотъ фактъ, какъ одинокій, не можетъ дать основанія ни къ тому, ни къ другому рѣшенію. Законъ 1893 года высказался за преемственность, но практика, ранѣе его дѣйствовавшая въ теченіе болѣе 60 лѣтъ, придерживалась обратнаго начала. Мало этого, Бельгійская конституція 1831 года, истолкованная, какъ мы видѣли, въ данномъ вопросѣ въ теченіе 60 лѣтъ въ смыслѣ преемственности, явилась продолженіемъ той практики, какая съ 1814 по 1830 годъ держалась во Франціи и основана была на толкованіи конституціи во многомъ воспроизведенной Бельгійской. Наконецъ, Бельгійскій примѣръ вмѣстѣ съ конституціей королевства положенъ былъ въ основаніе

Digitized by Google

Прусскаго основного закона и практики законодательныхъ палатъ и въ теченіе 60 съ лишнимъ лѣтъ Пруссія продолжала и доселѣ продолжаетъ держаться начала прерывности. Остается затѣмъ объяснить причину, по которой новая Бельгійская конституція сочла возможнымъ измѣнить этому началу.

Вырванный изъ совокупности другихъ законодательныхъ нормъ, связанныхъ съ перемѣной Бельгійской конституціи законъ о преемственности законодательныхъ работъ является своего рода загадкой. Но если принять во вниманіе, что сенатъ Бельгійскаго королевства составленъ изъ лицъ не по назначенію, а изъ лицъ по выбору, что этотъ выборъ происходитъ на основаніи общаго для обѣихъ палатъ избирательнаго закона, что этотъ законъ основанъ на началѣ всеобщности голосованія и множественности голосовъ у избирателя, удовлетворяющаго извѣстнымъ требованіямъ, то не мудренно прійти къ слѣдующему заключенію: Бельгійская конституція, какъ и всякая другая не отказывается отъ мысли, что законъ долженъ отражать въ себѣ господствующее въ странѣ мнѣніе или, говоря языкомъ Руссо, быть выраженіемъ «общей воли» или, по меньшей мѣрѣ, приближенія къ ней. Но у бельгійскаго законодателя нѣтъ сомнѣнія, что верхняя палата, вышедшая изъ тѣхъ же нѣдръ народа, что и нижняя, и только заключающая въ себѣ людей старшихъ по возрасту (30 лѣтъ) — такое же зеркало страны, какъ и нижняя, а поэтому болѣе или менѣе вѣрно передаетъ господствующее мнѣніе страны. Это не палата, составленная на половину изъ назначенныхъ пожизненно, а на практикѣ нерѣдко только до 1-го января сановниковъ, которые, разумѣется, могутъ быть представителями административнаго опыта, но не мѣняющихся настроеній общественнаго мнѣнія. Это не палата пэровъ, т. е. наслѣдственныхъ членовъ высшихъ аристократическихъ рядовъ, это не палата уполномоченныхъ отъ правительства, какъ американскій сенатъ, это — вторая народная камера, контролирующая дѣятельность первой и, какъ показываетъ опытъ послѣднихъ 20 лѣтъ, рѣдко расходящаяся съ нею, если не въ деталяхъ, то въ основныхъ положеніяхъ. Почему въ такихъ условіяхъ и не допустить преемственности работъ. Вѣдь, прерывность только и придумана для того, чтобы помѣшать не народной палатѣ опрокинуть дѣло, начатое народной, пользуясь ея отсутствіемъ. Такъ было бы, если бы палата верхняя, скажемъ въ Англіи, желая затормозить законъ, разсмотрѣнный либеральнымъ составомъ нижней палаты, дождалась выбора новой болѣе консервативной палаты, разсчитывая на ея согласіе, внесла измѣненія въ законопроектъ, прошедшій черезъ дебаты распущенной палаты.

Digitized by Google

Въ комиссіи раздались голоса въ томъ смыслѣ, что, молъ, прерывность или преемственность зависятъ отъ государственнаго уклада: гдѣ упрочился парламентаризмъ — тамъ принято начало прерывности, а гдѣ онъ еще не пустилъ корни — тамъ преемственность. Такое мнѣніе можетъ имѣть смыслъ и значеніе только при одномъ условіи, если раздѣлить точку зрѣнія М-me дю-Дефанъ. Ей говорили, «факты противъ васъ», она отвѣчала — «тѣмъ хуже для фактовъ». Такъ и въ данномъ случаѣ — факты говорятъ противъ утвержденія. Французская республиканская конституція единственная въ мирѣ, въ которой политическая отвѣтственность министровъ предъ палатами выражена въ самомъ текстѣ закона; онъ гласитъ: «министры солидарно отвѣтственны за общее направленіе ихъ политики, а каждый въ отдѣльности въ предѣлахъ своего вѣдомства». Парламентаризмъ господствуетъ во Франціи и на этотъ счетъ нѣтъ разногласія ни у хвалителей, ни у хулителей. А между тѣмъ именно во Франціи восторжествовала практика преемственности; постановленія на этотъ счетъ внесены и въ наказъ. Но та же практика рѣшительно отрицается въ странѣ, о парламентаризмѣ которой не можетъ быть и рѣчи, въ которой монархическое начало особенно сильно, которую, поэтому, ставитъ намъ въ примѣръ князь Лобановъ-Ростовскій, говоря: «За 60 лѣтъ въ Пруссіи были сдѣланы три попытки вызвать переходъ палатъ къ принципу преемственности, но всѣ эти предложенія были отклонены; причиной такого отклоненія было то, что прусскіе государственные люди въ принципѣ преемственности усматривали гарантію монархической власти, которая является единственной, постоянной и непрерывной властью. Въ противномъ случаѣ, по мнѣнію членовъ прусскихъ законодательныхъ учрежденій, можно было бы опасаться, что палата пріобрѣтетъ такую же непрерывную и постоянную власть, какова власть короля. Въ виду важности и уважительности вышеуказанныхъ соображеній, неоднократно высказанныхъ государственными дѣятелями Пруссіи, слѣдовало бы и Государственному Совѣту, черпая указанія изъ многолѣтняго законодательнаго опыта сосѣдняго государства, связаннаго съ Россіей общностью монархическихъ идеаловъ, прійти къ заключенію о необходимости введенія въ его дѣятельность начала прерывности».

Намъ рекомендуютъ такимъ образомъ принять прерывность, такъ какъ она отвѣчаетъ началу монархіи. Но министръ юстиціи на этотъ счетъ держится обратнаго мнѣнія, что прерывность стоитъ въ связи съ парламентаризмомъ. Оспаривая его мнѣніе, я долженъ былъ напомнить хорошо извѣстный фактъ, что о прерывности заходитъ рѣчь въ извѣстныхъ «институціяхъ» Елизаветинскаго

Digitized by Google

судьи Кока. А о парламентаризмѣ въ концѣ XVI и въ самомъ началѣ XVII вѣка въ Англіи не могло быть и рѣчи, иначе Елизавета не могла бы требовать отъ своего парламента, чтобы на внесенные правительствомъ законы собраніе отвѣчало простымъ «да, да», «нѣтъ, нѣтъ», не пускаясь въ дальнѣйшія разсужденія о матеріяхъ, ихъ пониманію недоступныхъ. Не лучше ли, въ виду всѣхъ приведенныхъ фактовъ, отказаться отъ мысли связывать преемственность или прерывность съ монархіей или республикой, съ парламентаризмомъ или отсутствіемъ парламентаризма и поискать историческаго происхожденія каждаго изъ этихъ началъ въ отдѣльности.

Въ Англіи издавна установилась практика, въ силу которой каждый членъ парламента можетъ сдѣлать въ той или другой изъ палатъ одинаково законодательное предложеніе — motion; если его предложеніе встрѣтитъ поддержку хотя бы одного члена въ палатѣ — оно поступаетъ въ первое чтеніе. Поддержка одного члена требуется въ удостовѣреніе того, что внесенный законопроектъ не противорѣчитъ обыкновенному человѣческому смыслу. При широкой личной иниціативѣ и при желаніи въ то же время правительства осуществить свою программу внесеніемъ ряда законопроектовъ, палата бываетъ завалена работами. Въ первой половинѣ сессіи еще есть возможность отвести, по крайней мѣрѣ, одно или два засѣданія въ недѣлю для обсужденія законопроектовъ, возникающихъ въ порядкѣ частной иниціативы. Во второй половинѣ сессіи и эти засѣданія поступаютъ въ распоряженіе министровъ и служатъ для обсужденія правительственныхъ законопроектовъ. Министры, зная, что съ концомъ сессіи падаетъ вся недоконченная работа, спѣшатъ съ проведеніемъ неотложныхъ, общеобязательныхъ въ ихъ глазахъ нормъ. Если бы не было прерывности работъ, то образовалась бы цѣлая законодательная запруда, которая сдѣлала бы невозможной законодательную дѣятельность правительства, пока не будутъ разсмотрѣны законопроекты прежней сессіи, возникшіе въ большинствѣ случаевъ по частной иниціативѣ. Какъ средство помѣшать этой запрудѣ, возможной при легкости частнаго законодательнаго почина, и явилась необходимость въ практикѣ, признающей начало прерывности занятій не только между двумя слѣдующими другъ за другомъ парламентами, но и между двумя ихъ сессіями.

Спрашивается теперь, существуютъ ли въ Россіи тѣ же условія, что и въ Англіи?

Нѣтъ. Законодательная иниціатива для членовъ Думы и Совѣта затруднена и требованіемъ 30 подписей подъ всякимъ вносимымъ въ любую палату законодательнымъ предложеніемъ и

Digitized by Google

требованіемъ мѣсячнаго срока для того, чтобы въ случаѣ отказа правительства представить соотвѣтствующій законопроектъ — перейти къ обсужденію собственнаго.

Опытъ послѣднихъ лѣтъ показалъ, что законопроекты, возникшіе по иниціативѣ членовъ Думы и Совѣта, немногочисленны и встрѣчаютъ бо́льшія трудности при своемъ прохожденіи.

Если бы не было преемственности Государственный Совѣтъ въ начальные мѣсяцы, слѣдующіе за созывомъ новой Думы, сидѣлъ бы безъ работы, а въ послѣдніе мѣсяцы передъ истеченіемъ срока долженъ былъ бы проводить законопроекты почти безъ преній. Все это такія условія и перспективы, которыя мирятся съ распространеніемъ уже установившагося практикой начала преемственности между сессіями и двухъ слѣдующихъ другъ за другомъ Думъ.

Такъ какъ въ то же время нельзя лишать новой Думы возможности проявить свое мнѣніе насчетъ всего содержанія законопроекта старой, то я вполнѣ примыкаю къ предложенію, сдѣланному членомъ Государственнаго Совѣта Д. Д. Гриммомъ. Оно состоитъ въ томъ, чтобы посылать законопроектъ съ поправками, внесенными въ него Государственнымъ Совѣтомъ, не въ согласительную комиссію, а въ Думу. Согласительная комиссія принуждена была бы ограничить свои пренія только немногими пунктами несогласія. Дума же можетъ обсудить законопроектъ своей предшественницы во всемъ его объемѣ заодно съ измѣненіями, предложенными Совѣтомъ. При такой практикѣ отпадаетъ то навязываніе новой Думѣ мнѣнія прежней, которое и является главнымъ возраженіемъ противъ системы преемственности.

Предлагаемые порядки являются болѣе или менѣе новыми; ихъ надо испытать на практикѣ, а потому я далекъ отъ мысли предложить уже въ настоящее время закрѣпленіе такихъ порядковъ, хотя бы въ формѣ наказа, обязательнаго для одной, принявшей его палаты. Я еще менѣе сочувствую рѣшенію этого вопроса законодательнымъ путемъ — путемъ по необходимости медленнымъ и при которомъ могъ бы получиться слѣдующій нежеланный результатъ. Намъ пришлось бы или ждать цѣлый мѣсяцъ, прежде чѣмъ приступить къ завершенію законодательной работы, оставшейся послѣ Думы третьяго созыва, или считаться съ возможностью, что вся работа, нами произведенная съ цѣлью довести до конца законопроекты 3-й Думы, признана будетъ 4-й Думой нежелательной; вѣдь, отъ нея зависитъ — дать положительный или отрицательный отвѣтъ на вносимый нами законопроектъ о преемственности занятій.

Digitized by Google

Разъ нами будетъ принято начало преемственности въ той ограниченности и обусловленности, о которой мы только что говорили, намъ нѣтъ другого исхода, какъ распространить его на всѣ, поступившіе изъ 3-й Думы, законопроекты.

Наши Основные Законы не допускаютъ различія въ силѣ и порядкѣ прохожденія между законопроектами, внесенными Думой, Совѣтомъ и правительствомъ. Они знаютъ только различіе Простыхъ Законовъ и Основныхъ. Мы не можемъ иначе, какъ въ порядкѣ законодательномъ устанавливать это различіе. Всего же менѣе въ правѣ мы дѣлать то, что рекомендуетъ князь Лобановъ-Ростовскій. «Если къ концу законодательнаго періода, пишетъ князь, окажутся непринятыми такія законодательныя предположенія, проведеніе которыхъ въ жизнь не терпитъ отлагательства, то отъ правительства будетъ зависѣть — испросить Всемилостивѣйшее изволеніе на введеніе такого законопроекта на основаніи ст. 87-й». Ту же мысль князь повторяетъ въ нѣсколько смягченной формѣ и въ тѣхъ соображеніяхъ, которыя онъ изложилъ въ своей запискѣ. «Если ко времени прекращенія занятій Думы, значится въ ней, возникнутъ чрезвычайныя обстоятельства, вызывающія необходимость немедленнаго изданія закона, то правительство всегда будетъ имѣть возможность испросить Всемилостивѣйшее соизволеніе на введеніе такого закона на основаніи 87-й статьи».

Практика тѣхъ государствъ, у которыхъ нами заимствована ст. 87-я, въ частности, въ Австріи и Пруссіи, показываетъ, что къ чрезвычайно-указному праву съ цѣлью пополненія законодательства, обращаются лишь рѣдко, подъ давленіемъ неотложной необходимости. Недавніе попытки обобщить у насъ такую систему встрѣтили отпоръ въ Государственномъ Совѣтѣ и въ этомъ отпорѣ принялъ участіе самъ князь Лобановъ-Ростовскій. Мы, разумѣется, не можемъ рекомендовать какъ общую мѣру внесеніе въ порядкѣ 87-й статьи, не разсмотрѣнныхъ нами законопроектовъ, доставшихся въ наслѣдство отъ 3-й Думы. Поступать такимъ образомъ значило бы присвоивать себѣ право восполненія Основныхъ Законовъ, — право, котораго мы не имѣемъ. Ограничиться же молчаливымъ согласіемъ на расширеніе правительствомъ его чрезвычайно-указной дѣятельности — значило бы принимать на себя нравственную отвѣтственность въ колебаніи того начала, которое выражено въ нашей Хартіи Вольностей, въ манифестѣ 17-го октября, гласящемъ: не будетъ больше закона безъ Думы. Передъ такой отвѣтственностью я, по крайней мѣрѣ, не могу не отступить. А изъ всего сказаннаго, повидимому, возможенъ только одинъ выходъ — надо принять предложеніе, сдѣланное нашей комиссіи Д. Д. Грим-

Digitized by Google

момъ и приступить затѣмъ немедленно къ завершенію законодательной работы, оставленной намъ 3-й Думой. Но узаконять такую практику въ будущемъ, хотя бы путемъ восполненія Наказа — нѣтъ необходимости. Англія въ теченіе вѣковъ обходится безъ писанаго наказа, что вводитъ бо́льшую гибкость нормирующихъ ходъ работы обычныхъ правилъ. Наказъ необходимъ намъ, чтобы ввести въ извѣстныя границы власть предсѣдателя, но не для того, чтобы опутать насъ самихъ. Не будемъ же спѣшить съ тѣмъ, что требуетъ еще долголѣтней практической провѣрки. Нашъ молодой представительный порядокъ еще не накопилъ опыта, создаваемаго продолжительной практикой дебатирующихъ собраній. Не будемъ забѣгать впередъ! Предоставимъ нашимъ преемникамъ вывести заключеніе изъ болѣе долголѣтней практики и дать ему письменную форму въ видѣ Наказа Государственному Совѣту.

Максимъ Ковалевскій.

Digitized by Google

Публичная защита въ уголовномъ процессѣ.

I.

Однимъ изъ главныхъ требованій справедливаго суда является постоянное стремленіе къ поддержанію надлежащаго равновѣсія между обвиненіемъ и защитой. Это начало находитъ свое выраженіе не только въ установленіи одинаковыхъ правъ сторонъ въ процессѣ, но и въ надлежащей организаціи представительства той и другой стороны. Господствующій порядокъ, организующій обвиненіе, какъ одну изъ функцій публичной власти, и разсматривающій защиту, какъ факультативное право обвиняемаго, находящее только нѣкоторую поддержку въ общественной функціи адвокатуры, является продуктомъ нѣкотораго компромисса. Еще не такъ давно присутствіе защитника въ уголовномъ судѣ считалось несовмѣстимымъ съ потребностями государственнаго правосудія. Допущеніе формальной защиты на судебное слѣдствіе по болѣе тяжкимъ дѣламъ произошло въ Англіи всего лишь въ 1836 году, а въ странахъ европейскаго континента нашло свое признаніе вмѣстѣ съ введеніемъ суда присяжныхъ во второй половинѣ XIX вѣка. Но и понынѣ область предварительнаго слѣдствія во многихъ странахъ остается закрытой для дѣятельности защитника.

Допустивъ участіе защиты въ уголовномъ судѣ на ряду съ прокуратурой, современное процессуальное право относится все же далеко не одинаково къ представителямъ обѣихъ сторонъ. Интересы обвиненія оно ближе принимаетъ къ сердцу и возводитъ на степень публичныхъ интересовъ, охраняя ихъ чрезъ посредство особыхъ офиціальныхъ органовъ прокуратуры. Интересы защиты принимаются во вниманіе въ значительно меньшей степени. Содѣйствіе государства въ лучшемъ случаѣ выражается въ назначеніи судомъ защитника подсудимому, но при этомъ со стороны суда не принимается достаточныхъ мѣръ къ тому, чтобы эта защита была достаточно авторитетна, надлежаще подготовлена и одинакова для всѣхъ подсудимыхъ. Подсудимые, не имѣющіе достаточныхъ средствъ къ тому, чтобы пригласить опытнаго защитника на свой счетъ, должны пользоваться случайною помощью назначенныхъ безъ всякаго выбора лицъ, не имѣвшихъ достаточно времени для

Digitized by Google

ознакомленія съ дѣломъ, недостаточно заинтересованныхъ въ его исходѣ и сплошь и рядомъ чисто формально относящихся къ своимъ обязанностямъ; а часто встрѣчаются уголовныя дѣла, по которымъ и совершенно не имѣется защитниковъ.

Между тѣмъ современный уголовный процессъ на ряду съ положительной задачей слѣдствія — обличеніемъ дѣйствительно виновныхъ, все рѣзче и рѣзче выставляетъ другую задачу, которую можно назвать отрицательной, — защиту невинныхъ и предотвращеніе печальныхъ случаевъ судебныхъ ошибокъ. Этотъ интересъ не въ меньшей степени можетъ признаваться интересомъ публичнымъ и претендовать на надлежащее признаніе[1]). Для надлежащей его охраны нужно возвести и дѣятельность защиты на степень публичной функціи и облечь ее неизбѣжными аттрибутами публичной функціи — должностнымъ характеромъ и безвозмездностью. Если въ далекомъ прошломъ государство принимало на себя только задачу суда, предоставляя обвиненіе и защиту частному интересу сторонъ, то въ настоящее время оно должно признать себя въ равной мѣрѣ заинтересованнымъ въ надлежащей организаціи представительства сторонъ, каждая изъ которыхъ является носительницей важнаго публичнаго интереса. Созданіемъ такого порядка государственная власть не впадетъ въ противорѣчіе съ самой собою, какъ и въ настоящее время она не создаетъ противорѣчія, отождествляя свои интересы съ одной только стороною обвиненія. Обвиненіе и защита не представляютъ собою два внутренне противоположныхъ начала, это лишь двѣ различныя точки зрѣнія, въ основѣ которыхъ лежитъ тотъ же публичный интересъ.

Высказанныя соображенія породили въ литературѣ уголовнаго процесса идею организаціи публичной защиты, какъ государственнаго учрежденія. Сторонниками ея являлись Франческо Каррара, Энрико Ферри, у насъ — И. Я. Фойницкій. Но всѣ эти авторы рисовали себѣ публичный строй защиты лишь какъ перспективу отдаленнаго будущаго, возможную при существенныхъ измѣненіяхъ въ характерѣ государственной власти. Въ настоящее время одна изъ передовыхъ демократій ставитъ на очередь вопросъ о публичной защитѣ, какъ одну изъ проблемъ современности, какъ очередную реформу уголовнаго процесса. Въ 1912 году въ законодательное собраніе штата Нью-Іоркъ внесенъ билль объ учрежденіи въ штатѣ должности публичныхъ защитниковъ [2]), который явился

[1]) См. по этому вопросу мое изслѣдованіе «Свобода личности въ уголовномъ процессѣ», 1906, стран. 9—12.

[2]) An act in Relation to the election of Public Defender in New-York, introduced by M-r Blauvelt, ou January 10, 1912. American Journal of Crimina Law. Vol. III, p. 99.

Digitized by Google

результатомъ подробнаго и интереснаго обсужденія этого вопроса въ спеціальной литературѣ [1]). Мнѣ думается, что ознакомленіе съ этою первою законодательною попыткою осуществленія новой идеи и съ тѣми перспективами, которыя ставятъ предъ собою ея иниціаторы, представитъ интересъ и для тѣхъ странъ, гдѣ этотъ вопросъ еще не сталъ актуальнымъ и гдѣ самая возможность организаціи публичной защиты встрѣчаетъ еще рядъ препятствій въ существующемъ государственномъ строѣ.

II.

Главной причиной стремленія къ установленію публичной защиты явились въ Сѣверной Америкѣ тѣ злоупотребленія, которыя распространены среди низшихъ слоевъ американской адвокатуры. Пожалуй, ни въ какой другой странѣ адвокатура не стоитъ такъ низко, какъ здѣсь. Она лишена какого-либо корпоративнаго устройства. Единственною связью между ея сочленами являются такъ называемыя Bar Associations, которыя бываютъ мѣстными, государственными и наконецъ общесоюзною (City, State and American Bar Associations); однако только меньшинство адвокатовъ принадлежитъ къ нимъ, и, кромѣ того, дѣятельность ассоціаціи ограничивается лишь совмѣстнымъ обсужденіемъ отдѣльныхъ вопросовъ да организаціей общихъ библіотеки и клуба. Дисциплинарный надзоръ и допущеніе къ адвокатурѣ зависятъ отъ судовъ, которые не имѣютъ ни времени, ни возможности слѣдить за многочисленными адвокатами ихъ округа. Нужно, чтобы поведеніе адвоката вызвало сильное возмущеніе, только тогда обычно вмѣшивается судъ. Англійское дѣленіе адвокатовъ на барристеровъ и соллиситеровъ не усвоено Америкой. Адвокаты, объединяемые обыкновенно общимъ именемъ lawyers, дѣлятся на группы въ зависимости отъ своей спеціальности: одни посвящаютъ себя исключительно подготовительной работѣ и пріему дѣлъ (office lawyers), другіе юрисконсульству (legal advisers), третьи — судебному пледированію (trial lawyers), многіе становятся, наконецъ, чуть ли не торговыми агентами крупныхъ фирмъ. Группы отдѣльныхъ адвокатовъ, спеціализировавшихся въ различныхъ направленіяхъ, объединяются вмѣстѣ и образуютъ крупныя адвокатскія фирмы, широко поставившія рекламу, принимающія дѣла на откупъ, имѣющія агентовъ

---

[1]) Изъ отдѣльныхъ работъ слѣдуетъ отмѣтить: Maurice Parmelee. The principles of anthropology and Sociology in their relation to criminal procedure. New-York, 1908, p. 263—278 и статью того же автора «Public defence in criminal trials, American Journal of Crim. Law. Vol. I, p. 357—748. Robert Ferrari. The public defender, the complement of the district attorney. Amer. Journ. Vol. II, p. 704—716.

Digitized by Google

во всѣхъ крупныхъ городахъ и часто пользующіяся особеннымъ вниманіемъ болѣе податливыхъ судей.

Среди различныхъ спеціалистовъ въ адвокатурѣ адвокаты по уголовнымъ дѣламъ — criminal lawyers занимаютъ низшую ступень. Согласно установившемуся мнѣнію, для нихъ не требуется особаго знакомства съ правомъ. Они должны обладать лишь извѣстной ловкостью и знаніемъ техническихъ сторонъ процесса. Съ помощью этихъ знаній они могутъ тянуть дѣло въ теченіе любого времени и обезсиливать противную сторону. Чрезъ подкупленныхъ смотрителей тюремъ или чрезъ агентовъ, навербованныхъ изъ числа весьма сомнительныхъ элементовъ, многіе изъ нихъ добываютъ себѣ уголовныя дѣла. Ихъ часто можно встрѣтить группами въ уголовныхъ судахъ, готовыхъ тутъ же, по немедленному приглашенію кліента, проявить свое искусство. Населеніе называетъ такихъ адвокатовъ адвокатами-акулами (stark-lawyers) или ночными бродягами (shysters). Бѣдные классы населенія крайне страдаютъ отъ этихъ людей крайне сомнительной морали, проникающихъ въ адвокатуру благодаря легкости доступа въ нее въ Америкѣ[1]). Одинъ изъ изслѣдователей американской судебной жизни, Nerinx, слѣдующимъ образомъ пишетъ объ этихъ защитникахъ[2]): «Мнѣ приходилось часто, при посѣщеніи уголовныхъ судовъ, поражаться подозрительнымъ видомъ адвокатовъ, наполняющихъ залы суда; когда я спросилъ у другихъ членовъ адвокатуры, какой процентъ честныхъ людей находится среди тѣхъ, которые выступаютъ по такимъ дѣламъ, въ частности предъ мировыми судьями, то мнѣ всегда отвѣчали: «Не болѣе чѣмъ четыре или пять процентовъ». Авторитетный американскій юридическій журналъ[3]) даетъ имъ слѣдующую характеристику: «Терминъ criminal lawyers значитъ скорѣе «адвокатъ-преступникъ», чѣмъ «адвокатъ-преступниковъ». Въ большихъ городахъ адвокаты этого рода перешли отъ законнаго отправленія своихъ обязанностей къ самымъ грубымъ пріемамъ извращенія правосудія. Они стоятъ на порогѣ къ исключенію, и если удерживаются въ адвокатурѣ, то только потому, что профессіонально-моральный уровень ея вообще низокъ и отсутствуетъ какая-либо организація для поддержанія профессіональной чести. Общественное мнѣніе смотритъ на этихъ людей, какъ на людей,

---

[1]) Въ Сѣв.-Амер. Соед. Штатахъ имѣется 104 юридическихъ школы, выпускающихъ людей, идущихъ въ адвокатуру. Никакихъ дополнительныхъ требованій стажа или экзаменовъ для допущенія въ адвокатуру не требуется. Достаточно диплома, который выдается часто учрежденіями, едва ли могущими именоваться высшею школою.

[2]) A. Nerinx. L'organisation judiciaire des États-Unis. Paris 1909, p. 162.

[3]) American Law Review, XVIII, p. 475.

Digitized by Google

стакнувшихся съ преступными классами. Criminal lawyers это юридическій совѣтчикъ профессіональныхъ игроковъ, воровъ, проститутокъ и другихъ нарушителей закона. Бывали случаи, когда онъ служилъ посредникомъ по улаженію споровъ между похитителями собственности и укрывателями ея. Адвокатскія ассоціаціи сдѣлали бы лучше, если бы стали преслѣдовать этихъ плутовъ, но онѣ понимаютъ, что крестовый походъ противъ этого рода людей стоилъ бы много денегъ и требовалъ бы искусныхъ предводителей, такъ какъ эти бандиты чувствуютъ себя крайне прочно и имѣютъ ревностныхъ защитниковъ, заинтересованныхъ въ ихъ сохраненіи. Одинъ изъ судей Высшаго суда, самъ въ теченіе долгаго времени принадлежавшій къ адвокатурѣ, въ своей рѣчи полагалъ, что великимъ счастьемъ для страны и для сословія было бы, если бы какой-либо новый потопъ поглотилъ хотя бы половину адвокатскаго сословія въ Америкѣ.

Единственнымъ средствомъ борьбы противъ эксплуатаціи бѣдныхъ классовъ подонками адвокатуры явилось бы учрежденіе безплатныхъ юридическихъ консультацій. Развитіе этихъ учрежденій въ Америкѣ, однако, только начинается. Мы можемъ указать теперь лишь на возникшее при американской ассоціаціи адвокатовъ The legal aid society, на существующій при Пенсильванскомъ университетѣ (скорѣе въ учебныхъ цѣляхъ) Legal Hospital for the Poor, да кой-гдѣ разбросанныя — free legal aid bureau. Этого, конечно, является недостаточнымъ, и бѣдные подсудимые легко попадаютъ въ руки адвокатовъ, эксплуатирующихъ ихъ самихъ и правосудіе.

Возможно, конечно, обратиться къ защитѣ по назначенію. Но она допускается лишь по болѣе серіознымъ дѣламъ, между тѣмъ какъ большинство уголовныхъ дѣлъ протекаетъ въ низшихъ судахъ, не знающихъ такой защиты. И даже если имѣется назначенный защитникъ, то имъ является лицо случайное, порою слабо знакомое съ практикою по уголовнымъ дѣламъ, заинтересованное въ томъ, чтобы навязанное ему дѣло было по возможности быстро ликвидировано; онъ успѣлъ мало подготовиться къ дѣлу, вслѣдствіе предпочтенія, отданнаго другимъ, платнымъ дѣламъ.

Между тѣмъ, какъ справедливо замѣчаетъ проф. Пармели, авторъ интересной статьи о публичной защитѣ, если современное государство не признаетъ еще за собою обязанности выплачивать вознагражденіе жертвамъ судебныхъ ошибокъ, то оно во всякомъ случаѣ должно озаботиться тѣмъ, чтобы у каждаго подсудимаго была надлежаще организована защита. Богатство и бѣдность подсудимаго не должны является рѣшающимъ обстоятельствомъ для охраны его правъ.

Digitized by Google

Съ другой стороны, когда на скамьѣ подсудимыхъ оказывается человѣкъ состоятельный, то услужливые защитники тратятъ колоссальныя средства, часто не стѣсняясь въ выборѣ способовъ дѣятельности. Американцамъ памятны милліоны долларовъ, затраченныхъ Standart Oil Company въ недавнемъ процессѣ. Въ 1911 году въ Лосъ-Анжелосъ (Калифорнія) судились за взрывъ муниципальнаго зданія, стоившій жизни многимъ лицамъ, братья Макнамара. По удостовѣренію ихъ защитника Дарроу, на организацію защиты было затрачено около 200.000 долларовъ (400.000 руб.), на подкупы присяжныхъ отпущено было нѣсколько десятковъ тысячъ рублей. Благодаря противозаконнымъ манипуляціямъ, число богатыхъ, приговоренныхъ къ какимъ-либо наказаніямъ, по всей Америкѣ крайне ничтожно[1]).

Въ установленіи публичной защиты многіе видятъ средство значительно ослабить эти отрицательныя стороны. Бѣдные подсудимые найдутъ въ публичныхъ защитникахъ людей добросовѣстныхъ, готовыхъ оказать имъ нужную помощь. Съ другой стороны, это не будутъ люди, только случайно выступающіе въ уголовномъ судѣ, а спеціалисты, знающіе свое дѣло, и внимательно подготовившіеся къ нему. Эти защитники будутъ опытными, готовыми воспользоваться къ выгодѣ подсудимаго всѣми законными средствами защиты. Подобно публичнымъ обвинителямъ они будутъ близки къ суду и голосъ ихъ будетъ значительно авторитетнѣе, чѣмъ случайныхъ и неизвѣстныхъ суду адвокатовъ[2]).

III.

Введеніе публичной защиты, по мнѣнію ея защитниковъ, должно оказать благотворное вліяніе на ходъ уголовнаго процесса. Американское процессуальное право страдаетъ крайнимъ формализмомъ, отчасти унаслѣдованнымъ отъ права англійскаго, отчасти благопріобрѣтеннымъ, который даетъ возможность, съ одной стороны, крайне затягивать дѣло безконечными отводами, жалобами и кассаціями, а, съ другой, можетъ крайне вредно отражаться на положеніи обвиняемаго, если защита не будетъ въ рукахъ достаточно опытнаго защитника,.

---

[1]) См. по этому вопросу интересныя данныя анкеты у Henderson. Prevention and Correction. Preventive agencies and methods, 1910, p. 170—173.

[2]) Судья штата Канзасъ Ralph S. Latshaw, критикуя современную постановку защиты, остроумно замѣчаетъ, что и нынѣ, въ видахъ гарантіи обвиняемаго, на публичнаго обвинителя возлагается обязанность приведенія не только доказательствъ виновности, но и указаніе оправдывающихъ доказательствъ. Такое совмѣщеніе противоположныхъ обязанностей, однако, немыслимо, и государство должно оставить за прокуроромъ обвинительную задачу, возложивъ на другой, также публичный органъ, обязанность защиты.

Digitized by Google

Возьмемъ, для примѣра, начальный моментъ судебнаго слѣдствія — пледированіе подсудимымъ своей виновности или невинности. Рекомендація того или другого способа составляетъ одинъ изъ наиболѣе отвѣтственныхъ совѣтовъ защиты. Признавъ свою виновность, подсудимый отдаетъ свое дѣло всецѣло въ руки судьи, который, не выслушивая присяжныхъ, постановляетъ свой приговоръ. Всегда ли назначенные защитники достаточно независимы, рекомендуя подсудимому сознаніе? Многіе американскіе писатели отвѣчаютъ на этотъ вопросъ отрицательно. Одни изъ защитниковъ склоняютъ своихъ подзащитныхъ къ сознанію, стремясь избавить себя отъ трудной задачи участвовать въ судебномъ слѣдствіи и подготовлять его приглашеніемъ свидѣтелей защиты; другіе боятся нетерпѣнія судьи, отъ котораго они зависятъ, и который всегда милостиво встрѣчаетъ сознающихся подсудимыхъ, освобождающихъ и его отъ долгаго труда, третьи склоняются къ такому совѣту вслѣдствіе недостаточнаго знакомства съ дѣломъ и неумѣнья найти надежныя основанія для защиты. Еще хуже обстоитъ дѣло съ подсудимыми, не имѣющими защитниковъ. Они не представляютъ себѣ важности способа пледированія и часто, въ надеждѣ на милость судьи къ сознающимся, признаютъ себя виновными въ преступленіяхъ, игнорируя тяжесть квалификаціи ихъ дѣянія. Опытные профессіоналы преступности, наоборотъ, хорошо знаютъ цѣну сознанія, такъ какъ тогда прошлое ихъ не станетъ предметомъ судебнаго разсмотрѣнія и судья отнесется къ нимъ, какъ къ преступникамъ случайнымъ. Въ сущности, теперь понемногу юридическіе круги начинаютъ проникаться мыслью, что нельзя ставить производство судебнаго слѣдствія всецѣло въ зависимость отъ сознанія или несознанія подсудимаго. Но пока этого нѣтъ, допущеніе публичнаго защитника можетъ ослабить недостатки существующей системы. Зная хорошо условія судебной дѣятельности, онъ не будетъ давать чисто случайныхъ совѣтовъ; онъ не будетъ зависѣть и отъ судьи, назначающаго подсудимому болѣе строгое наказаніе порою не за его вину, а за упорство его адвоката. Вмѣстѣ съ тѣмъ публичный защитникъ не будетъ различать дѣлъ, оплачиваемыхъ и не оплачиваемыхъ гонораромъ.

При защитѣ своего подзащитнаго на судебномъ слѣдствіи публичный защитникъ всегда будетъ болѣе независимъ, и судьи не рѣшатся такъ безцеремонно останавливать его, какъ то они дѣлаютъ порою съ частными адвокатами.

Американскій процессъ страдаетъ чрезмѣрнымъ развитіемъ кассаціоннаго обжалованія, которое даетъ лишній шансъ освобожденія отъ суда вслѣдствіе нарушенія судомъ какихъ-либо техническихъ

Digitized by Google

правилъ. Для борьбы съ этимъ отдѣльныя законодательства ввели громадные кассаціонные залоги, доходящіе до двухсотъ долларовъ и болѣе. При существованіи такихъ залоговъ кассаціонное обжалованіе стало доступнымъ только для богатыхъ подсудимыхъ. Ссылка на бѣдность, для освобожденія отъ залога, поставлена въ крайне тѣсныя границы. Въ большинствѣ случаевъ бѣдняку приходится мириться даже съ серіозными нарушеніями справедливости на судебномъ слѣдствіи вслѣдствіе практической невозможности обжалованія. Публичная защита дастъ возможность освободить такихъ подсудимыхъ отъ представленія залога, если публичный защитникъ признаетъ возможнымъ принести кассаціонную жалобу. Являясь должностнымъ лицомъ судебнаго вѣдомства, такой защитникъ будетъ осторожно пользоваться правомъ жалобы и не допуститъ обращенія къ ней съ единственной цѣлью затянуть дѣло. Отказъ публичнаго защитника принести кассаціонную жалобу, однако, не долженъ лишать подсудимаго права на жалобу. Онъ можетъ обратиться ко всякому другому адвокату, но въ такомъ случаѣ онъ долженъ подчиниться требованію о представленіи залога.

Выступленіе публичнаго защитника въ значительной степени ослабляетъ то вредное вліяніе на общество, которое оказываютъ порою такъ наз. сенсаціонныя дѣла, когда судебной трибуной пользуются болѣе для оказанія впечатлѣнія на публику, нежели для дѣйствительной помощи правосудія. Сенсаціонныя выступленія на судѣ питаютъ въ обществѣ нездоровый интересъ къ преступленіямъ и искусственно облекаютъ ихъ романтизмомъ.

Участіе публичнаго защитника можетъ ускорить и теченіе уголовныхъ дѣлъ. Теперь судебное разбирательство откладывается до тѣхъ поръ, пока публичный обвинитель не соберетъ нужныхъ ему доказательствъ виновности и на основаніи ихъ формулируетъ обвиненіе. Публичный защитникъ можетъ пользоваться содѣйствіемъ полиціи и другихъ органовъ для собиранія доказательствъ невиновности, и быть-можетъ ему удастся быстро собрать несомнѣнныя доказательства невиновности. Въ такихъ случаяхъ, по мнѣнію Пармели, ему нельзя отказать въ болѣе раннемъ слушаніи дѣла. Окончаніе дѣла, такимъ образомъ, будетъ опредѣляться не только интересами обвиненія, но и защиты.

Наконецъ, защитникамъ публичной защиты рисуются въ перспективѣ дальнѣйшія выгоды, какъ ослабленіе противодѣйствія адвокатовъ судебнымъ реформамъ изъ страха потери практики; большая экономія судебныхъ силъ страны вслѣдствіе болѣе быстраго и правильнаго веденія дѣлъ; укрѣпленіе большаго довѣрія къ суду и т. д.

Digitized by Google

IV.

Введеніе публичной защиты, по мнѣнію проф. Пармели, диктуется и новыми теченіями въ области уголовнаго права и процесса.

Примѣненіе современнаго уголовнаго права, основаннаго на идеѣ предупрежденія и соціальной борьбы съ преступностью, требуетъ подготовленныхъ дѣятелей. Отъ современнаго криминалиста требуется знаніе уголовной антропологіи и соціологіи, психіатріи, пенологіи, криминалистики. Современное университетское образованіе лишь въ очень небольшой степени сообщаетъ эти знанія. Это въ особенности справедливо для Сѣв. Америки, гдѣ уголовное право занимаетъ далеко подчиненное положеніе по сравненію съ правомъ гражданскимъ. Нужна долгая спеціальная подготовка, чтобы усвоить себѣ на практикѣ нужныя свѣдѣнія. Публичные обвинители, спеціализируясь въ своей дѣятельности, имѣютъ возможность пріобрѣтать и пріобрѣтаютъ ее. Имъ необходимо противопоставить и опытнаго въ этихъ наукахъ защитника. Между тѣмъ современный средній защитникъ обладаетъ лишь немногими, очень смутными знаніями въ этой области. Сосредоточивая свое вниманіе на дѣлахъ гражданскихъ, дающихъ имъ заработокъ, громадное большинство адвокатовъ весьма неподготовлено для веденія сколько-нибудь сложныхъ уголовныхъ дѣлъ. Введеніемъ публичной защиты будетъ дана возможность, хотя бы нѣкоторой группѣ адвокатовъ, спеціализироваться по уголовнымъ дѣламъ и поставить защиту на надлежащую высоту. Въ теченіе нѣкотораго времени по окончаніи университета молодой человѣкъ спеціализируется въ теоріи и практикѣ уголовнаго права, чтобы занять затѣмъ должность публичнаго защитника.

Появленіе публичныхъ защитниковъ дастъ возможность и имѣть надлежаще подготовленныхъ уголовныхъ судей. Теперь судьи назначаются преимущественно изъ рядовъ прокуратуры, и это обстоятельство кладетъ рѣзкій отпечатокъ на ихъ положеніе въ процессѣ, склоняя ихъ симпатіи въ сторону обвиненія; или же они избираются изъ адвокатовъ, не имѣющихъ свѣдѣній о роли преступности въ обществѣ, о соціальныхъ и антропологическихъ причинахъ преступности, о новыхъ мѣрахъ борьбы съ преступностью. Предварительная подготовка въ должностяхъ публичныхъ защитниковъ, несомнѣнно, дастъ много цѣнныхъ свѣдѣній для будущаго уголовнаго судьи, и дѣятельность уголовныхъ судовъ, такимъ образомъ, будетъ стоять въ согласіи съ требованіями научныхъ методовъ борьбы съ преступностью, а не руководиться отживающими взглядами старыхъ школъ.

Digitized by Google

Но и съ другой точки зрѣнія участіе публичнаго защитника могло бы приблизить уголовный процессъ къ новымъ требованіямъ. Основнымъ требованіемъ новаго процесса явится индивидуализація наказанія. Мѣры, принимаемыя противъ осужденныхъ, должны будутъ опредѣляться ихъ субъективными свойствами и характеромъ прошлой жизни. Изслѣдованіе этихъ послѣднихъ данныхъ теперь возлагается на особыхъ должностныхъ попечителей (probation officers), состоящихъ при нѣкоторыхъ судахъ. Публичный защитникъ сможетъ выполнять эту работу съ значительно большимъ успѣхомъ, чѣмъ должностной попечитель. Въ настоящее время попечители по порученію судей разслѣдуютъ обстоятельства дѣла, главнымъ образомъ съ цѣлью выясненія субъективныхъ свойствъ обвиняемаго, а также даютъ судьѣ рекомендаціи наилучшаго способа устройства обвиняемаго. Однаго работа попечителя, имѣющаго на своемъ попеченіи много дѣлъ и часто стоящаго далеко отъ обвиняемаго, является болѣе или менѣе случайной. Публичный защитникъ, напротивъ того, руководя дѣломъ съ самаго начала до его окончанія, имѣетъ возможность хорошо ознакомиться съ обвиняемымъ, собрать больше фактовъ о его прошлой жизни и дать болѣе обстоятельную рекомендацію судьѣ. Стоя близко къ суду, онъ будетъ принимать во вниманіе интересы правосудія на ряду съ интересами своего подзащитнаго. Такимъ образомъ въ публичномъ защитникѣ можно видѣть преемника должностного попечителя, при чемъ участіе его будетъ имѣть мѣсто не только по дѣламъ о малолѣтнихъ, но и о взрослыхъ.

Правда, встрѣчаются въ американской литературѣ голоса, предостерегающіе противъ введенія должностной защиты. Таково, напримѣръ, мнѣніе популярнаго писателя по вопросамъ уголовнаго права J. Sullivan[1]), который указываетъ, что потребность въ публичномъ защитникѣ устраняется, если судьи будутъ болѣе внимательно относиться къ правамъ подсудимаго. Теперь судьи очень чутко прислушиваются къ голосу обвиненія и нерѣдко сами принимаютъ на себя обязанности прокуроровъ; нѣкоторые изъ нихъ выносятъ болѣе или менѣе строгіе приговоры не въ зависимости отъ обстоятельствъ дѣла, а отъ того, болѣе или менѣе благопріятное впечатлѣніе на нихъ произвели подсудимый и его защитникъ. Но противъ этого имѣются другія средства. Публичный защитникъ подверженъ той же опасности, какъ и прокуроръ и полиція: онъ легко усвоитъ себѣ узко офиціальныя точки зрѣнія на борьбу съ преступностью и не сможетъ въ достаточно рѣзкой степени

[1]) См. American Journal of Crim. Law, vol. III, p. 453.

Digitized by Google

противопоставлять свои точки зрѣнія взглядамъ прокурора; онъ легко можетъ привыкнуть халатно относиться къ своимъ обязанностямъ и начать выполнять ихъ формально, тогда какъ они требуютъ большого напряженія ума и нервовъ. Подсудимый можетъ несоглашаться съ методами защиты офиціальнаго защитника, онъ начнетъ недовѣрять ему, скрывать отъ него обстоятельства дѣла. А это приведетъ къ затрудненію правосудія, а не къ облегченію его. Постоянное появленіе одного и того же лица въ качествѣ защитника можетъ произвести неблагопріятное впечатлѣніе на присяжныхъ, которые станутъ съ недовѣріемъ относиться къ его словамъ. Наконецъ, защитникъ назначаемый правительствомъ, не будетъ имѣть надлежащей независимости, а предоставить избраніе его населенію значитъ поставить его въ зависимость отъ подкупныхъ избирательныхъ организацій и сдѣлать эту высокую должность объектомъ домогательства для людей партійно-вліятельныхъ, но не имѣющихъ достаточно высокихъ личныхъ качествъ для выполненія этой отвѣтственной должности. Должное равновѣсіе между обвиненіемъ и защитой, по мнѣнію Сулливана, можетъ быть возстановлено лишь созданіемъ большихъ гарантій безпристрастія предсѣдательскаго резюме и ограниченіемъ круга тѣхъ лицъ, которыя могутъ быть назначаемы защитниками неимущимъ подсудимымъ.

V.

Намъ остается разсмотрѣть вопросъ о предположительной организаціи публичной защиты. Въ этомъ отношеніи проекты проф. Пармели и проектъ, представленный на разсмотрѣніе законодательнаго собранія штата Нью-Іоркъ между собою не совпадаютъ. Пармели полагаетъ, что эта должность должна быть замѣщена по назначенію а не по избранію. Если уголовная адвокатура и судебная служба въ настоящее время стали спеціальной профессіей, то существенно, чтобы лица, приглашаемыя для нея, отправляли свои функціи болѣе или менѣе постоянно. Надзоръ за дѣятельностью назначаемыхъ публичныхъ защитниковъ можетъ быть осуществляемъ особымъ комитетомъ, составленнымъ изъ представителей высшихъ административныхъ, судебныхъ и законодательныхъ органовъ; такой составъ обезпечитъ ему безпристрастіе. Въ крайнихъ случаяхъ возможно удаленіе публичнаго защитника посредствомъ обвиненія его чрезъ палату (impeachment). На должность публичныхъ защитниковъ могутъ быть назначаемы лица, прошедшія извѣстный стажъ теоретической и практической подготовки въ области уголовнаго права. Служба въ должности публичнаго защитника должна быть разсматриваема, какъ предварительная

Digitized by Google

ступень для занятія должности публичнаго обвинителя; а должность этого послѣдняго должна вести къ судейскому креслу. Только тогда выдѣлится компетентная уголовная магистратура и адвокатура, умѣющая справляться со сложными проблемами современной борьбы съ преступностью.

Проектъ Блаувельта для штата Нью-Іоркъ сохраняетъ принятый въ штатѣ для публичныхъ обвинителей порядокъ избранія населеніемъ. Каждое графство, имѣющее населеніе въ одинъ милліонъ или болѣе жителей, избираетъ публичнаго защитника на срокъ въ четыре года. Въ случаѣ смерти или отказа публичнаго защитника до истеченія четырехлѣтняго срока, губернаторъ, съ согласія Сената, назначаетъ ему преемника, который исполняетъ обязанности до истеченія четырехлѣтняго періода. Въ служебномъ отношеніи публичный защитникъ и сравнивается съ публичнымъ обвинителемъ. Онъ получаетъ жалованіе около 30.000 рублей въ годъ. Въ графствахъ, насчитывающихъ менѣе 1.000.000 жителей, введеніе публичнаго защитника ставится въ зависимость отъ совѣта наблюдателей графства, который учреждаетъ эту должность въ графствѣ и опредѣляетъ размѣръ годового вознагражденія носителю ея. Главною обязанностью каждаго публичнаго защитника явится безвозмездная защита и общее представительство лицъ, преданныхъ суду большимъ жюри графства, которыя лишены средствъ пригласить частнаго адвоката или желаютъ воспользоваться помощью публичнаго защитника. Публичный защитникъ можетъ приглашать на помощь себѣ въ болѣе серіозныхъ дѣлахъ другихъ защитниковъ, которымъ будетъ выдаваться вознагражденіе изъ казенныхъ суммъ на основаніи удостовѣренія суда объ издержкахъ. Онъ можетъ такъ же, съ утвержденія совѣта наблюдателей, устанавливать для себя штатъ помощниковъ, секретарей и писцовъ, получающихъ опредѣленное вознагражденіе[1]).

Введеніе публичной защиты вовсе не имѣетъ цѣлью устранить или ограничить защиту по соглашенію. Послѣдняя, попрежнему, останется нормальнымъ видомъ защиты, и только въ тѣхъ случаяхъ, когда самъ подсудимый обратится въ судъ, ему будетъ назначенъ публичный защитникъ. Это положеніе аналогично

---

[1]) Упомянемъ также, что Общество патроната въ г. Кливлэндѣ (Огайо) въ 1912 году также составило проектъ введенія публичной защиты, который, однако, былъ отвергнутъ законодательными палатами. Проектъ предусматривалъ назначеніе одного изъ наилучшихъ адвокатовъ на должность помощника публичнаго обвинителя, обязанностью котораго была бы безвозмездная защита обращающихся къ нему лицъ, не имѣющихъ возможности пригласить защитника. Проектъ этотъ былъ отвергнутъ вслѣдствіе смѣшенія въ немъ функцій обвиненія и защиты См. American Journal of Crim. Law. Vol. II, p. 398.

Digitized by Google

тому, какое существуетъ нынѣ въ большинствѣ штатовъ Сѣверной Америки для обвиненія. Обвиненіе здѣсь, какъ и въ Англіи, принадлежитъ потерпѣвшему; однако послѣдній воленъ или пригласить частнаго адвоката для веденія своего дѣла, или обратиться къ публичному обвинителю. На практикѣ послѣдній видъ обвиненія почти совершенно вытѣснилъ первый, и участіе прокуратуры, въ теоріи только факультативное, стало нормальнымъ въ значительномъ большинствѣ дѣлъ. Можно думать, что и содѣйствіе публичныхъ защитниковъ, не навязываемое принудительно, а лишь предлагаемое для бѣдныхъ и для тѣхъ, которые готовы довѣрить свое дѣло представителю государства, можетъ стать популярнымъ. Въ такой обрисовкѣ идея публичной защиты напоминаетъ нѣсколько старую итальянскую идею advocati dei poveri. Характерно при этомъ и то, что въ Америкѣ эта идея навѣяна итальянскими авторами. Феррари заимствуетъ ее прямо отъ своихъ соотечественниковъ, а Пармели усвоиваетъ ее чрезъ посредство уголовно-антронологической школы и, въ частности Э. Ферри, къ взглядамъ котораго онъ примыкаетъ въ значительной степени.

Осуществленіе идеи публичной защиты въ Америкѣ представляется легко достижимымъ и желательнымъ, и главнымъ образомъ потому, что, съ одной стороны, масса населенія считаетъ публичную власть, опирающуюся на народное избраніе, пригодной для защиты индивидуальныхъ правъ и, въ частности, правъ невинныхъ въ уголовномъ процессѣ, а съ другой стороны, сама публичная власть не останавливается предъ необходимостью серіозныхъ денежныхъ затратъ въ интересахъ большей охраны правъ подсудимыхъ и уравненія всѣхъ предъ уголовнымъ судомъ. Но нельзя не обратить вниманія на то, что большинство аргументовъ въ пользу публичной защиты въ Америкѣ исходитъ изъ крайняго недовѣрія къ моральному уровню адвокатуры и изъ наличности ряда техническихъ недостатковъ уголовнаго судопроизводства. Большинство этихъ аргументовъ имѣютъ мало значенія для тѣхъ странъ, въ которыхъ адвокатура въ значительной степени проникнута идеей высокаго общественнаго служенія и гдѣ внутренняя дисциплина сословія достаточно сильна, чтобы надлежаще организовать защиту по назначенію и устранять изъ среды своей лицъ, недостойныхъ исполненія отвѣтственныхъ обязанностей, возложенныхъ на защиту.

П. И. Люблинскій.

Digitized by Google

Законъ и обычай въ наслѣдованіи у крестьянъ.

Основной проблемой при опредѣленіи порядка наслѣдованія у крестьянъ по дѣйствующему праву является вопросъ объ источникахъ права, на которыхъ наслѣдованіе должно быть основано. Этотъ вопросъ издавна былъ весьма споренъ; нынѣ же онъ вызываетъ особенно острыя сомнѣнія въ виду изданія указа 9 ноября 1906 г. и закона 14 іюня 1910 г. Нерѣдко высказывается взглядъ, что обычное право принципіально непримѣнимо къ новымъ формамъ личнаго владѣнія, такъ какъ оно сложилось на почвѣ общиннаго владѣнія землей и семейной собственности [1]). Мы уже пытались доказать, что новое аграрное законодательство не внесло принципіальнаго измѣненія въ разсматриваемую область [2]). Ст. 39 закона 14 іюня 1910 г., кодифицированная какъ ст. 17^{39} Общ. пол. о крест., подчиняетъ всѣ укрѣпленные въ личную собственность участки надѣльной земли «дѣйствію правилъ о надѣльныхъ земляхъ». По буквѣ текста статья эта относится только къ участкамъ, состоявшимъ ранѣе въ общинномъ владѣніи; но по общему смыслу закона и въ связи со ст. 47 зак. 14 іюня (нынѣ ст. 37^{4} Общ. Пол.), вполнѣ приравнивающей къ этимъ участкамъ также участки бывшаго подворнаго владѣнія, необходимо признать, что свойства надѣльной земли сохранены за всѣми вообще участками, перешедшими изъ семейной въ личную собственность.

Выводъ этотъ подтверждается «Положеніемъ о землеустройствѣ», которое признаетъ надѣльными всѣ отрубные участки крестьянъ, независимо отъ того, состояли ли они ранѣе въ подворномъ или общинномъ владѣніи (ср. ст. 3); подкрѣпляется онъ также

---

[1]) Ср. статью А. Н. Паренаго Обычай и законъ 14 іюня 1910 г. «Вопросы Права», 1912 г., кн. XII (4).

[2]) См. нашу статью «Примѣненіе обычая къ наслѣдованію въ личной собственности на надѣльныя земли» въ № 1—2 1912 г. «Юридическихъ Записокъ», издаваемыхъ Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ. Введеніе къ настоящей статьѣ резюмируетъ выводы этой прежней статьи.

Digitized by Google

закономъ 5 іюля 1912 г. «о выдачѣ Крест. позем. банкомъ ссудъ подъ залогъ надѣльныхъ земель» (С. У. ст. 1448), который предусматриваетъ въ случаѣ продажи на вторыхъ торгахъ возможность приравненія къ землямъ частнаго владѣнія, т.-е. утрату надѣльнаго характера (ст. 20), и для земель, «предоставленныхъ въ подворное владѣніе крестьянъ при надѣленіи ихъ землею» (ст. 3). Такимъ образомъ, не подлежитъ сомнѣнію, что всѣ безъ исключенія участки личнаго владѣнія, образовавшіеся изъ надѣльныхъ земель, сохраняютъ свойства послѣднихъ.

Къ числу же особенностей надѣльнаго землевладѣнія относятся не только ограниченія въ правѣ отчужденія и пріобрѣтенія ихъ, залога и обращенія на нихъ взысканія, предусмотрѣнныя въ ст. 18 и сл. Общ. Полож., но и постановленія о порядкѣ перехода ихъ по наслѣдству (Пол. о вык., ст. 116; Пол. кр. влад., стт. 15, 66, 149 и 190 и др). Это послѣднее обстоятельство признается нынѣ какъ Пр. Сенатомъ [1]), такъ и крестьянскими установленіями [2]). Сохраненіе силы мѣстныхъ обычаевъ при опредѣленіи порядка наслѣдованія въ крестьянскомъ имуществѣ и, въ частности, въ надѣльныхъ земляхъ безъ ограниченія цѣнности ихъ, вытекаетъ также изъ сопоставленія ст. 76 и п. 5 ст. 54 «Временныхъ правилъ о волостномъ судѣ» по зак. 15 іюня 1912 г. (С. У. ст. 1003). Правда, волостному суду, который обязанъ руководствоваться въ этихъ случаяхъ «существующими мѣстными обычаями» (ст. 76), подлежатъ дѣла по наслѣдованію надѣльнаго имущества, въ томъ числѣ участковъ, укрѣпленныхъ въ личную собственность, только въ порядкѣ охранительнаго производства или, какъ выражается п. 5 ст. 54, «дѣла по наслѣдованію, кромѣ исковыхъ»; послѣднія напротивъ, подвѣдомственны мировому судьѣ или общимъ судамъ, въ зависимости отъ цѣнности спорной недвижимости (ст. 29, п.1 Уст. гр. суд. въ новой редакціи). Невозможно допустить, однако, чтобы вопросъ разрѣшался въ исковомъ порядкѣ на основаніи другихъ нормъ, нежели при утвержденіи въ правахъ наслѣдства въ охранительномъ порядкѣ. Если въ послѣднемъ случаѣ при отсутствіи спора примѣненіе обычая прямо предписано, то оно, очевидно, обязательно и въ случаѣ возбужденія спора.

Возможность примѣненія обычая въ общихъ судебныхъ мѣстахъ къ тому же расширена нынѣ включенной по закону о мѣстномъ судѣ 1912 г. въ Уст. гр. суд. ст. 10[1], которая гласитъ: «Сверхъ

[1]) Рѣш. Общ. собр. 1910 г., № 1.

[2]) См. циркул. м. в. д. по земск. отдѣл. 9 августа 1912 г., № 45, при коемъ былъ разосланъ мѣстнымъ крестьянскимъ установленіямъ списокъ предложенныхъ на ихъ обсужденіе вопросовъ, касающихся наслѣдованія въ крестьянскихъ земляхъ.

Digitized by Google

случаевъ, когда, въ силу самого закона, примѣненіе обычая обязательно, судъ, при постановленіи рѣшенія, можетъ, по ссылкѣ одной или обѣихъ сторонъ, руководствоваться общеизвѣстными мѣстными обычаями, когда примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ дозволяется именно закономъ, или въ случаяхъ, положительно не разрѣшаемыхъ законами». Статья эта помѣщена среди «общихъ положеній» и въ отличіе отъ прежней статьи 130 распространяетъ свое дѣйствіе на всѣ степени гражданскихъ судовъ.

Если въ разсматриваемомъ нами отношеніи положеніе надѣльнаго имущества, осталось безъ принципіальныхъ измѣненій то уже, во всякомъ случаѣ новое аграрное законодательство не могло внести ничего новаго въ положеніе внѣнадѣльнаго имущества крестьянъ. По отношенію къ послѣднему должны сохраниться во всемъ объемѣ выводы прежней судебной практики о предѣлахъ дѣйствія нормъ обычнаго права. Внѣнадѣльное имущество, не исключая земель, пріобрѣтенныхъ при содѣйствіи крестьянскаго банка, уже раньше, до указа 9 ноября 1906 г., находилось въ личной собственности его владѣльцевъ. Тѣмъ не менѣе и законъ — п. 5 прилож. къ ст. 45 Уст. крест. позем. банка (Уст. кред., разд. VII), и судебная практика — рѣш. гр. касс. деп. 1880 г. № 174, 1885 г. № 3, 1891 г. № 86, 1902 г. № 37 и 1905 г. № 53 — признавали возможность и необходимость въ извѣстныхъ случаяхъ примѣненія нормъ обычнаго права къ такому, состоявшему безспорно въ личной собственности, имуществу, какъ торговый капиталъ и городская недвижимость. Очевидно, законъ и судебная практика признавали, что обычное право крестьянъ уже тогда содержало нормы, способныя регулировать судьбу не только семейной, но и индивидуальной собственности [1]). Тѣмъ самымъ опровергается доводъ, который сквозитъ и въ рѣшеніи общ. собр. 1910 г. № 1, что обычай непримѣнимъ къ новымъ формамъ надѣльнаго землевладѣнія, такъ какъ онѣ подверглись коренному измѣненію. Въ виду сказаннаго, мы полагаемъ, что порядокъ наслѣдованія у крестьянъ по нынѣ дѣйствующему праву все еще подчиняется нормамъ обычнаго права, поскольку таковыя могутъ быть удостовѣрены. Все же неопредѣленность и хаотичность этихъ нормъ, которая чувствовалась уже раньше, несомнѣнно настолько усилилась за послѣднее время, что необходимость въ законодательномъ регулированіе этой области стала одной изъ наиболѣе острыхъ нуждъ современной

[1]) Въ рѣш. гражд. касс. деп. 1891 г., № 86, прямо сказано: «Въ настоящемъ дѣлѣ судебная палата установила существованіе мѣстнаго обычая, опредѣляющаго порядокъ наслѣдованія именно въ капиталахъ, оставшихся послѣ крестьянъ».

Digitized by Google

деревни. Поэтому слѣдуетъ привѣтствовать предпринятыя правительствомъ подготовительныя работы для изданія особаго закона о наслѣдованіи въ земляхъ, состоящихъ въ личной собственности крестьянъ. Однако, самая постановка этихъ работъ, заранѣе исключающая упорядоченіе наслѣдованія у крестьянъ, сохранившихъ общинное владѣніе, а затѣмъ общій характеръ проектовъ губернскихъ совѣщаній [1]) свидѣтельствуютъ объ отсутствіи, какъ у центральныхъ органовъ, такъ и у мѣстныхъ дѣятелей, отчетливой, принципіальной точки зрѣнія на вопросъ. Пестрота и разнохарактерность предлагаемыхъ мѣръ должна значительно затруднить выработку окончательнаго законопроекта. Можно съ увѣренностью сказать, что современное положеніе дѣла продлится еще долгіе годы и болѣе детальное разсмотрѣніе его представитъ не только теоретическій, но и практическій интересъ.

Основной нормой, опредѣляющей отношеніе между обычаемъ и закономъ въ области наслѣдованія у крестьянъ, является ст. 13 Общ. полож., которая гласитъ: «Въ порядкѣ наслѣдованія имуществомъ крестьянамъ дозволяется руководствоваться мѣстными своими обычаями». Нашей ближайшей задачей является поэтому подробная экзегеза этой статьи.

I.

Прежде всего возникаетъ, конечно, вопросъ о степени обязательности обычая для суда. Рядъ авторовъ, основываясь на терминѣ ст. 13 «дозволяется руководствоваться», полагаетъ, что нормы обычнаго права лишены императивнаго характера. При такомъ толкованіи ст. 13 примѣненіе или непримѣненіе обычая зависитъ отъ усмотрѣнія сторонъ, которыя вольны силою сдѣлки устранить его примѣненіе. На эту именно точку зрѣнія сталъ проектъ «Положенія о введеніи въ дѣйствіе гражданскаго уложенія». Вторая часть ст. 20 этого проекта гласитъ: «Примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ не допускается, когда оно нарушало бы точный смыслъ договоровъ или актовъ, законнымъ порядкомъ совершенныхъ».

Намъ пришлось уже въ другомъ мѣстѣ [2]) указывать на неправильность такого рѣшенія. Оно не согласно, во-первыхъ, съ терминологіей Общаго положенія, въ которомъ всѣ нормы, помѣщенныя во введеніи, облечены не въ императивную, а въ дозволительную форму только для того, чтобы лучше уяснить перемѣну въ ихъ

---

[1]) См. Изв. земск. отд., 1912 г., № 11, стран. 494.

[2]) См. статью «Примѣненіе обычая къ наслѣдованію въ личной собственности на надѣльныя земли» въ Юридическихъ Запискахъ № 1—2 за 1912 годъ.

Digitized by Google

положеніи крестьянамъ, освобожденнымъ отъ крѣпостной зависимости [1]). Во-вторыхъ, оно равносильно отрицанію за обычаемъ значенія юридической нормы, хотя бы диспозитивной, и превращаетъ обычай какъ бы въ дѣловое обыкновеніе, которое служитъ лишь для восполненія пробѣловъ въ волеизъявленіяхъ сторонъ, или, какъ говорятъ мотивы къ проекту, придаетъ ему «субсидіарное значеніе» по отношенію къ сдѣлкамъ. Опровергается эта точка зрѣнія теперь также приведенною выше ст. 10^1 уст. гр. суд., которая прямо признаетъ за обычаемъ значеніе нормы нрава.

Во всякомъ случаѣ, наша судебная практика никогда не толковала ст. 13 въ указанномъ смыслѣ. Она всегда придавала термину «дозволяется руководствоваться» лишь тотъ смыслъ, что сторона, основывающая свои притязанія на обычаѣ, должна указать соотвѣтствующій обычай, если притомъ дѣло производится не въ волостномъ судѣ, которому мѣстные обычаи извѣстны, а въ общихъ судахъ, большею частью незнакомыхъ съ обычаями [2]). Вмѣстѣ съ тѣмъ сторона, сославшаяся на обычай, неизвѣстный суду, должна представить доказательства его существованія. Однако, уже прежняя практика не подчиняла порядокъ удостовѣренія обычая всѣмъ правиламъ, установленнымъ для доказыванія фактическаго состава отношенія, которое лежитъ въ основаніи притязанія тяжущагося. Въ подтвержденіе обычая допускались и доказательства, непредусмотрѣнныя Уставомъ гражданскаго судопроизводства, въ частности приговоры сельскихъ сходовъ (рѣш. гр. касс. деп. 1896 г. № 116 и 1891 г. № 86). Эти положенія закрѣплены нынѣ ст. 10^2 Уст. гр. суд. въ редакціи «закона о преобразованіи мѣстнаго суда» 1912 г., которая вводитъ въ нашъ гражданскій процессъ слѣдующее новое начало: «При разрѣшеніи вопроса о существованіи обычая, судъ можетъ принимать въ соображеніе, сверхъ общеустановленныхъ доказательствъ, прежнія рѣшенія по однороднымъ дѣламъ

---

[1]) По этому поводу Сенатъ говоритъ въ рѣш. гражд. касс. деп. 1878 года, № 225: «Смыслъ этой статьи (13 Общ. пол.), очевидно, заключается въ томъ, что съ освобожденіемъ крестьянъ отъ крѣпостной зависимости, на нихъ не распространяются общіе гражданскіе законы о наслѣдствѣ и имъ въ семъ отношеніи предоставлено руководствоваться попрежнему своими мѣстными обычаями».

[2]) См. рѣш. гражд. касс. деп. 1880 г., № 174 и 1885 № 3 и рѣш. общ. собранія 1898 г., № 2. Въ рѣш. общ. собр. 1898 г., № 2, говорится: «Точный смыслъ этого закона (ст. 13 Общ. полож., ст. 116 Полож. о вык. и ст. 15 Мѣстн. полож. Великоросс.) тотъ, что наслѣдованіе по мѣстнымъ обычаямъ, не есть единственная и безусловная норма преемственнаго перехода имуществъ между крестьянами; ею только, какъ сказано въ законѣ, дозволяется руководствоваться. Слѣдовательно, примѣненіе обычая къ разрѣшенію судебныхъ споровъ о наслѣдованіи у крестьянъ возможно тогда, когда стороны ссылаются на мѣстный обычай наслѣдованія и когда существованіе обычая надлежащимъ порядкомъ установлено».

Digitized by Google

и удостовѣренія подлежащихъ учрежденій». Все это подтверждаетъ, что въ данномъ случаѣ законъ имѣетъ въ виду не доказываніе въ строгомъ процессуальномъ смыслѣ этого термина, а содѣйствіе со стороны тяжущагося суду при установленіи обычая. Ст. 10^2 даетъ суду право даже по своему почину черпать свѣдѣнія объ обычаѣ изъ «прежнихъ рѣшеній по однороднымъ дѣламъ».

Тѣмъ самымъ признается, что обычай является не только источникомъ для восполненія воли сторонъ, а нормой права. Это положеніе было высказано уже въ рѣш. гр. касс. деп. 1878 г. № 225: «Мѣстные обычаи въ указанныхъ въ ст. 130 Уст. гр. суд. случаяхъ замѣняютъ собою законы. Вслѣдствіе сего должно прійти къ тому заключенію, что примѣненіе мѣстнаго обычая въ тѣхъ случаяхъ, въ коихъ оно дозволено закономъ, столь же обязательно для мирового судьи, какъ и примѣненіе самого закона... Приведенную 13 ст. Общ. полож. о крест. нельзя понимать въ томъ смыслѣ, что примѣненіе мѣстнаго крестьянскаго обычая о наслѣдованіи допускается лишь по взаимному согласію тяжущихся».

Если обычай имѣетъ значеніе подлинной нормы права, равносильной закону и примѣняемой независимо отъ воли заинтересованныхъ лицъ, то въ области дѣйствія, отведенной ей закономъ, норма обычая должна вытѣснять соотвѣтствующую норму закона. Этотъ неизбѣжный логическій выводъ и былъ сдѣланъ въ только что приведенномъ рѣшеніи, признавшемъ далѣе, что «въ отношеніи наслѣдованія крестьянъ мѣстные обычаи примѣняются и въ томъ случаѣ, когда они противорѣчатъ закону». Сенатъ не отступаетъ отъ этой точки зрѣнія и по отношенію къ участкамъ, укрѣпленнымъ въ личную собственность, такъ какъ въ рѣш. общ. собр. 1910 г., № 1, онъ признаетъ, что эти участки переходятъ по наслѣдству на общемъ основаніи гражданскихъ законовъ лишь «при отсутствіи мѣстнаго обычнаго права».

Правда, извѣстные случаи представляются либо столь исключительными въ крестьянской средѣ, какъ обладаніе крупнымъ торговымъ капиталомъ, недвижимостью въ городѣ и т. п., либо столь недавними, какъ владѣніе надѣломъ на правѣ личной собственности, что рѣдко могли подать поводъ къ единообразному примѣненію какого-либо правила. Но и это соображеніе не можетъ служить принципіальнымъ возраженіемъ противъ примѣненія обычая и въ такихъ случаяхъ. Практикѣ приходилось сталкиваться съ этимъ вопросомъ уже раньше, и Сенатъ подвергъ его подробному разсмотрѣнію въ рѣш. гр. касс. деп. 1880 г. № 174. Въ немъ правильно указывается, что и въ подобныхъ случаяхъ «примѣненіе къ спору о наслѣдствѣ общаго закона или обычая обусловлива-

Digitized by Google

лось бы не тѣмъ, что дѣйствіе обычая исключено будто бы закономъ, а тѣмъ, существуетъ ли обычай, опредѣляющій порядокъ наслѣдованія въ такомъ имуществѣ или нѣтъ... Для разрѣшенія вопроса о примѣненіи 13 ст. Общ. пол. о крест. и 5 п. 1184 ст. т. X ч. 1, судъ въ каждомъ дѣлѣ долженъ, по ссылкѣ сторонъ и по представленнымъ ими доказательствамъ, установить, существуетъ ли обычай, опредѣляющій порядокъ наслѣдованія въ томъ именно имуществѣ, о коемъ идетъ рѣчь, и только за неуказаніемъ существованія такого обычая или признаніемъ указанія па обычай недоказаннымъ, примѣнить къ спору общіе законы о наслѣдствѣ».

Такимъ образомъ, въ вопросахъ наслѣдованія у крестьянъ обычай подлежитъ примѣненію преимущественно передъ закономъ, независимо отъ того, является ли предметъ наслѣдованія имуществомъ движимымъ или недвижимымъ, внѣнадѣльнымъ [1]) или надѣльнымъ, состоящимъ въ личной собственности; необходимо лишь, чтобы тяжущійся привелъ и удостовѣрилъ существованіе обычая, опредѣляющаго порядокъ наслѣдованія в ъ т а к о м ъ и м е н н о и м у щ е с т в ѣ, н а к о т о р о е о н ъ з а я в л я е т ъ п р и т я з а н і е [2]).

Противъ такого вывода, совпадающаго съ практикой Сената, были сдѣланы возраженія Змирловымъ [3]), который полагаетъ, что ст. 13 имѣетъ въ виду «исключительно надѣльную землю крестьянъ и такое движимое имущество, которое составляетъ принадлежность этой земли». Онъ основываетъ свой выводъ на томъ соображеніи, что вся 2 глава I раздѣла Общ. полож. о крест., въ составъ которой входитъ ст. 13, посвящена правамъ на н а д ѣ л ь н о е имущество. Это послѣднее предположеніе основано на недоразумѣніи. Въ изданіи Общаго положенія 1861 г. весь раздѣлъ I заключалъ въ себѣ основныя постановленія объ уравненіи правъ бывшихъ крѣпостныхъ крестьянъ съ лицами свободныхъ состояній. Объ этомъ свидѣтельствуютъ ст. 2, 3, 9, 10, наконецъ извѣстная ст. 12, которую первоначально относили исключительно къ имуществу внѣнадѣльному [4]). Исключительно къ имуществу надѣльному относятся только уже приведенныя ст. 116 Полож. о выкупѣ, ст. 15, 66, 149 и 190 Полож. крест. влад. и ст. 41 Пол. кр. каз.

---

[1]) Въ частности, землею, пріобрѣтенною при содѣйствіи крест. банка согласно п. 5 прилож. къ ст. 45 Уст. крест. повем. банка.

[2]) Ср. рѣш. гр. касс. деп. 1891 г., № 86.

[3]) З м и р л о в ъ. «Изъ практики гражданскаго кассаціоннаго департамента Сената», Журн. Мин. Юст., 1902 г., № 4.

[4]) Подробнѣе относительно точки зрѣнія самихъ авторовъ на Общее положеніе о крестьянахъ см. статью В о р м с а «Положенія 19-го февраля» въ юбилейномъ сборникѣ «Великая реформа», Москва, 1911 г., т. VI.

Digitized by Google

II.

Ст. 13 Общ. полож. дозволяетъ крестьянамъ руководствоваться обычаями «въ порядкѣ наслѣдованія». Ст. 76 Врем. прав. о вол. судѣ 1912 г. постановляетъ, что при разрѣшеніи дѣлъ по «наслѣдованію и раздѣламъ» крестьянскаго имущества судъ руководствуется мѣстными обычаями. Возникаетъ вопросъ: равнозначны ли эти выраженія и охватываютъ ли они всю область наслѣдственнаго права?

При пестротѣ и невыдержанности терминологіи нашихъ гражданскихъ законовъ этотъ вопросъ можетъ быть разрѣшенъ только по общему смыслу закона [1]).

При истолкованіи термина «порядокъ наслѣдованія» прежде всего необходимо имѣть въ виду, что Сводъ Законовъ Гражданскихъ говоритъ о немъ въ п. 5 статьи 1184, помѣщенной въ отдѣленіи VII, главы 2, раздѣла II книги третьей, т.-е. въ главѣ, посвященной «порядку наслѣдованія по закону». Отсюда вытекаетъ, казалось бы, заключеніе, что и «особый порядокъ въ наслѣдованіи сельскихъ обывателей» установленъ только для наслѣдованія ab intestato. Однако, строгое систематическое толкованіе едва ли примѣнимо къ нашему своду законовъ; такъ въ данномъ случаѣ рядомъ со ст. 1184 стояла отмѣненная нынѣ ст. 1185, которая опредѣляла «порядокъ наслѣдованія въ собственности литературной», между прочимъ, и по завѣщанію [2]). Сверхъ того, п. 5 ст. 1184 поясняется примѣчаніемъ, въ которомъ говорится: «Особыя правила о порядкѣ наслѣдованія въ имуществахъ, остающихся послѣ сельскихъ обывателей и колонистовъ, изложены въ Законахъ о Состояніяхъ и въ Особомъ къ симъ законамъ Приложеніи, по принадлежности». Въ этихъ же узаконеніяхъ содержатся особыя правила не только о порядкѣ наслѣдованія по закону, отклоняющіяся отъ положеній зак. гражд., но также постановленія о раздѣлѣ крестьянскаго наслѣдства, напр., въ ст. 135 Общ. полож. и въ ст. 76 Врем. правилъ о вол. судѣ 1912 г., а также о крестьянскихъ завѣщаніяхъ — въ прим. 2 къ ст. 110 Общ. полож.

---

[1]) Попытку опредѣлить точный смыслъ термина «порядокъ наслѣдованія» дѣлаетъ Вавинъ въ статьѣ о крестьянскихъ духовныхъ завѣщаніяхъ, помѣщенной въ «Вѣстн. Пр. и Нот.» 1911 г., стран. 609 сл. Но въ заголовкахъ различныхъ отдѣловъ Зак. гражд. и въ статьяхъ, приведенныхъ имъ, этотъ терминъ имѣетъ различный смыслъ: большею частью онъ означаетъ лишь порядокъ наслѣдованія по закону, но, въ отдѣльныхъ случаяхъ, какъ по отмѣненной нынѣ ст. 1185, онъ, дѣйствительно, охватываетъ также наслѣдованіе по завѣщанію.

[2]) Ср. также стт. 1188 и 1218 Зак. гражд.

Digitized by Google

При разрѣшеніи возбуждаемыхъ этой отсылкой сомнѣній необходимо, какъ намъ кажется, различать слѣдующіе вопросы:

1) Законодательство о крестьянахъ не проводитъ строгаго разграниченія между наслѣдованіемъ и раздѣломъ общаго семейнаго имущества. То и другое упоминается рядомъ въ приведенныхъ выше статьяхъ, опредѣляющихъ область обязательнаго примѣненія обычая. П. 4 ст. 125 Общ. полож. подчиняетъ вѣдомству волостного суда «дѣла по наслѣдованію и раздѣламъ между наслѣдниками крестьянскаго имущества», а ст. 135, имѣя, очевидно, въ виду и то и другое, говоритъ, что «при разрѣшеніи тяжбъ и споровъ между крестьянами, въ особенности же дѣлъ о раздѣлѣ крестьянскаго наслѣдства, судъ руководствуется мѣстными обычаями». Ст. 76 Врем. правилъ о вол. судѣ 1912 г. точно такъ же постановляетъ: «При разрѣшеніи дѣлъ по наслѣдованію и раздѣламъ крестьянскаго имущества, судъ руководствуется существующими мѣстными обычаями». Въ виду этого слѣдуетъ признать правильнымъ выводъ, сдѣланный въ рѣш. гражд. касс. деп. 1884 г. № 105, что не только порядокъ призванія къ наслѣдству послѣ крестьянина опредѣляется обычаемъ, но и порядокъ семейнаго раздѣла, буде общность имущества образовалась путемъ наслѣдованія, притомъ независимо отъ того, производится ли раздѣлъ имущества волостнымъ судомъ, или же онъ подвѣдомственъ общимъ судамъ. Въ частности, Сенатъ признаетъ необязательнымъ предоставленіе судомъ тяжущимся двухлѣтняго срока для полюбовнаго раздѣла, установленнаго стт. 1317 и 1318 т. X ч. 1; онъ полагаетъ, очевидно, что эта норма имѣетъ характеръ не процессуальный, а матеріально-правовой.

Сближеніе порядка наслѣдованія въ прямомъ смыслѣ этого термина съ раздѣломъ общаго семейнаго имущества не случайно; оно вызвано тою тѣсною связью, въ которой они стоятъ въ крестьянскомъ быту. Когда надѣльное имущество принадлежитъ крестьянскому двору, то при смерти кого-либо изъ членовъ его, строго говоря, не происходитъ наслѣдованія; доля умершаго въ общей собственности прирастетъ къ долямъ остальныхъ участниковъ въ ней. Такъ какъ размѣръ доли умершаго не представляетъ собой точно опредѣленной части имущества, то и доли пережившихъ членовъ семьи не увеличиваются по какому-либо точно опредѣленному разчету, пріуроченному къ моменту смерти выбывшаго участника[1]).

---

[1]) См. рѣш. Общ. собр. 1899 г., № 1: «крестьянская рабочая семья или крестьянскій дворъ (хозяйство на надѣльной землѣ) составляетъ... особаго рода союзъ, въ имуществѣ котораго, — доколѣ самый союзъ существуетъ, — никто изъ отдѣльныхъ членовъ не имѣетъ права на какую-либо опредѣ

Размѣръ доли подлежитъ точному опредѣленію лишь въ случаѣ семейнаго раздѣла и устанавливается уже примѣнительно ко времени этого послѣдняго. Раздѣлъ можетъ послѣдовать по истеченіи продолжительнаго времени послѣ смерти члена семьи и соотношеніе долей, причитающихся остальнымъ участникамъ, можетъ къ этому времени значительно измѣниться; но раздѣлъ можетъ произойти и вскорѣ послѣ смерти кого-либо изъ членовъ и тогда размѣры долей будутъ мало отличаться отъ тѣхъ, которыя были бы пріурочены къ моменту открытія наслѣдства. Такимъ образомъ, съ бытовой стороны трудно установить рѣзкую грань между наслѣдованіемъ, т.-е. переходомъ имущества умершаго къ наслѣдникамъ при самомъ открытіи наслѣдства, и семейнымъ раздѣломъ, при которомъ а) доли участниковъ разсчитываются примѣнительно къ моменту раздѣла и б) дѣлятся не только доля умершаго, но и доли пережившихъ членовъ семьи; обычное право и не проводитъ такой грани.

Въ виду этого приходится признать, что тотъ «порядокъ наслѣдованія», который согласно ст. 13 долженъ регулироваться обычаемъ, охватываетъ не только порядокъ призванія наслѣдниковъ ab intestato и опредѣленіе ихъ долей, но и послѣдствія принятія наслѣдства, въ частности, какъ порядокъ раздѣла наслѣдства въ прямомъ смыслѣ этого термина, такъ и раздѣла общей семейной собственности, образовавшейся въ порядкѣ наслѣдованія. Выводъ этотъ подтверждается, между прочимъ, если не текстомъ ст. 48 зак. 14 іюня 1910 г., то, во всякомъ случаѣ, соображеніями, на которыхъ она основана. Какъ извѣстно, статья эта не опредѣляетъ размѣровъ долей членовъ семьи, въ общую собственность которыхъ укрѣпляется земля. Пробѣлъ этотъ мотивированъ Государственнымъ Совѣтомъ тѣмъ, что размѣръ долей долженъ быть указанъ въ такихъ случаяхъ волостнымъ судомъ на основаніи обычая, опредѣляющаго порядокъ наслѣдованія. Между тѣмъ, укрѣпленіе въ общую собственность, а тѣмъ болѣе раздѣлъ послѣдней могутъ произойти спустя продолжительное время послѣ смерти

ленную часть «свой жребій» (рѣш. Общ. собр. 1, 2 и касс. д-товъ 1895 года, № 45, 1897 г. № 29 и др.). Ср. также рѣш. Общ. собр. 1900 г., № 27: «старшій членъ крестьянской семьи, въ случаѣ смерти хозяина двора, въ силу признаваемаго закономъ обычая, заступаетъ лишь мѣсто покойнаго и, дѣлаясь, такимъ образомъ, новымъ распорядителемъ имущества, принадлежащаго всей крестьянской семьѣ, а не наслѣдникамъ... принимаетъ на себя обязанности хозяина крестьянскаго двора». См. подробнѣе Шретеръ Семейная собственность у крестьянъ», «Вопросы Права», 1911 г., № VIII (4). Сверхъ того, ср. опред. 1 Общ. собр. Пр. Сената 18 февраля — 25 ноября 1894 г., приведенное въ книгѣ бар. Нолькена «Разъясненія... по дѣламъ... бывшимъ въ разсмотрѣніи консульт. при мин. юст. за время съ 1 января 1894 года по іюнь 1901 г.». С.-Пб., 1902.

Digitized by Google

домохозяина. Въ такихъ случаяхъ обычай замѣняетъ не только ст. 1315 и сл. Зак. гражд., но и ст. 550 и сл.

2) На порядокъ составленія духовныхъ завѣщаній, напротивъ, ст. 13 не распространяетъ своего дѣйствія: онъ подчиняется не обычаю, а только закону. Это подтверждается прежде всего тѣмъ отклоненіемъ отъ общаго порядка составленія духовныхъ завѣщаній, которое допускаютъ ст. 1082[1] Зак. гражд. и прим. 2 къ ст. 110 Общ. полож. Оно устанавливаетъ для малоцѣнныхъ наслѣдствъ (до 100 руб.) особую упрощенную форму завѣщанія, которое записывается въ книгу сдѣлокъ и договоровъ при волостномъ правленіи; но эти статьи не упоминаютъ о допустимости примѣненія обычнаго права при составленіи завѣщанія даже о такомъ малоцѣнномъ имуществѣ. Препятствіемъ къ признанію обычая въ этой области является также ст. 1023 зак. гражд., безусловно воспрещающая словесныя завѣщанія, тогда какъ въ крестьянской средѣ понынѣ «изустныя памяти» являются преобладающимъ типомъ распоряженій на случай смерти [1]). На исключительное господство закона указываетъ также изъятіе утвержденія завѣщаній къ исполненію изъ вѣдомства волостного суда, руководствующагося обычаемъ; исключительная компетенція окружнаго суда въ этомъ отношеніи сохраняется и по закону 15 іюня 1912 г.

Къ аналогичному заключенію приходитъ рѣшеніе гр. касс. деп. 1885 г. № 54 при истолкованіи ст. 1490 и 1501 Уст. гр. суд. Первая устанавливаетъ подсудность гминному суду «дѣлъ по наслѣдованію и возникающимъ изъ сего раздѣламъ имуществъ между сельскими жителями», а вторая предоставляетъ гминному суду руководствоваться, при разсмотрѣніи такихъ дѣлъ, «общеизвѣстными мѣстными обычаями». Толкуя ихъ, Сенатъ призналъ, что при разрѣшеніи вопроса, имѣетъ ли завѣщаніе законную силу въ виду порядка составленія его, «гминный судъ не могъ руководствоваться вышеприведенными законами, до наслѣдства крестьянъ относящимися, потому что въ законахъ этихъ нѣтъ указанія на примѣненіе мѣстныхъ обычаевъ къ сужденію о дѣйствительности завѣщаній, составленныхъ въ томъ или иномъ порядкѣ». Что касается завѣщанія крестьянъ, то въ законахъ нѣтъ исключеній въ отношеніи порядка ихъ составленія, а при безусловномъ значеніи установленныхъ общими законами формъ завѣщаній отступленіе отъ предписаннаго порядка, при руководствѣ мѣстными обычаями, могло бы быть допущено лишь тогда, когда бы было

[1]) См. Мухинъ. Обычный порядокъ наслѣдованія у крестьянъ, С.-Пб., 1888 г., стран. 76.

Digitized by Google

прямо указано, что этотъ порядокъ для крестьянъ не обязателенъ и что дѣйствительность завѣщанія крестьянъ можетъ быть опредѣляема мѣстными обычаями. Необходимо замѣтить, что если законъ дозволяетъ разрѣшать споры по наслѣдованію и по раздѣламъ на основаніи мѣстныхъ обычаевъ, то изъ этого не слѣдуетъ, чтобы въ такомъ дозволеніи можно было подразумѣвать распространенія дѣйствія обычая и на установленія дѣйствительной силы завѣщанія, потому что условія, опредѣляющія собою подлинность завѣщанія, относятся къ категоріи, не однородной съ правилами, установленными для наслѣдованія и возникающихъ изъ него раздѣловъ».

Всѣ приведенныя постановленія ограничиваются, однако, указаніемъ на исключительное подчиненіе закону порядка составленія духовныхъ завѣщаній. Ими не отвергается необходимость соотвѣтствія с о д е р ж а н і я завѣщательныхъ распоряженій нормамъ обычнаго права. Опредѣляя порядокъ призванія наслѣдниковъ по закону, послѣднее устанавливаетъ не однѣ лишь диспозитивныя нормы, какъ то дѣлаютъ наши законы гражданскіе по отношенію къ благопріобрѣтенному имуществу. Обычное право признаетъ свободу распоряженій на случай смерти только за бездѣтными; завѣщатель, оставившій дѣтей или вообще нисходящихъ, не имѣетъ права обойти въ завѣщаніи своихъ близкихъ родственниковъ и отказать имущество постороннему; завѣщанія въ пользу постороннихъ, помимо ближайшихъ, обычныхъ наслѣдниковъ, не признаются въ силѣ [1]). Такимъ образомъ ближайшіе наслѣдники — нисходящіе, супругъ — призываются необходимо, извѣстная часть наслѣдства принадлежитъ имъ неотъемлемо, какъ по французскому праву; иногда же, наоборотъ, обычное право отрицаетъ за нѣкоторыми наслѣдниками всякое право на полученіе опредѣленныхъ частей наслѣдственнаго имущества. Нѣтъ никакихъ основаній отвергать дѣйствіе и такихъ нормъ, разъ обычный порядокъ наслѣдованія вообще признается закономъ. Затѣмъ, изъ числа споровъ о наслѣдованіи, подвѣдомственныхъ волостному суду и разрѣшаемыхъ на основаніи обычая, дѣйствующее право (125 ст. Общ. полож.) не исключаетъ споровъ противъ завѣщательныхъ распоряженій; тѣмъ самымъ оно допускаетъ возможность признанія недѣйствительнымъ законнаго по формѣ завѣщанія въ случаѣ противорѣчія его распоряженій мѣстнымъ обычаямъ.

[1]) См. П а х м а н ъ. Обычное гражданское право въ Россіи, т. II, страница 316. Пахманъ приходитъ къ заключенію, что благодаря этой чертѣ наше обычное завѣщательное право, отчасти, сходно съ началами тѣхъ законодательствъ, въ которыхъ также завѣщатель не въ правѣ совершенно устранить своихъ ближайшихъ законныхъ наслѣдниковъ отъ наслѣдованія.

Digitized by Google

Такова точка зрѣнія и нашей практики. Правда, недѣйствительность завѣщательныхъ распоряженій крестьянъ относительно надѣльныхъ земель Сенатъ обосновывалъ не постановленіями обычнаго права, а тѣмъ обстоятельствомъ, что до изданія указа 9 ноября 1906 г. надѣльныя земли не составляли личной собственности домохозяевъ, но принадлежали или сельскому обществу — при общинномъ землевладѣніи, или крестьянскому двору — при подворномъ[1]).

Поэтому Сенатъ признаетъ, что съ переходомъ надѣльной земли въ личное, исключительное владѣніе единичнаго лица крестьянскаго состоянія, въ силу ли пріобрѣтенія ея по давности владѣнія или какимъ-либо другимъ путемъ, она уже подлежитъ завѣщательнымъ распоряженіямъ[2]).

Признаніе возможности завѣщательнаго распоряженія имуществомъ, однако, не предрѣшаетъ вопроса о предѣлахъ свободы такого распоряженія. Большинство законодательствъ, начиная съ римскаго права, допускаютъ завѣщательныя распоряженія относительно всякаго имущества, но устанавливаютъ вмѣстѣ съ тѣмъ рядъ ограниченій завѣщателя въ интересахъ его ближайшихъ родственниковъ. Подобное же начало отчетливо выражено въ рѣш. гражд. касс. деп. 1884 г. № 8 по отношенію къ завѣщаніямъ мусульманъ. На основаніи ст. 1338 т. X ч. 1 «раздѣлъ имуществъ, оставшихся послѣ магометанъ, производится по ихъ законамъ»; основываясь на этомъ, аналогичномъ со ст. 13, положеніи, Сенатъ признаетъ, что къ наслѣднику по завѣщанію мусульманина можетъ быть предъявленъ искъ о признаніи духовнаго завѣщанія недѣйствительнымъ на томъ основаніи, что завѣщаніемъ истцу не назначена слѣдующая ему по мусульманскому праву часть наслѣдства.

Съ такою категоричностью Сенатъ пока не высказывался по поводу нарушенія завѣщательными распоряженіями положеній обычнаго права у крестьянъ. Однако, нѣкоторыя рѣшенія содержатъ указаніе, что Сенатъ и въ этомъ случаѣ склоненъ примѣнять тѣ же начала. Такъ рѣшеніе 1893 г. № 77 приходитъ къ выводу, что «обычный порядокъ наслѣдованія землями исключаетъ возможность располагать ими по духовному завѣщанію въ томъ случаѣ, когда такое распоряженіе противорѣчитъ установившемуся по обычаю наслѣдованію». Къ сожалѣнію, соображенія, приведенныя въ подтвержденіе этого вывода, не обосновываютъ его. Они сводятся къ тому, что указанный въ п. 5 ст. 1184 зак. гражд. особый

[1]) См. рѣш. Общ. собр. 1897 г., № 29.
[2]) См. рѣш. гражд. касс. деп. 1911 г., №№ 53 и 69.

Digitized by Google

порядокъ наслѣдованія у крестьянъ вообще не допускаетъ распоряженія имуществомъ по духовному завѣщанію въ виду того, что это положительно не оговорено въ самой статьѣ, какъ то сдѣлано въ ст. 1185 по отношенію къ собственности литературной и художественной и въ ст. 1188 по отношенію къ наслѣдованію нехристіанами св. иконъ. Въ данномъ случаѣ нѣтъ мѣста для подобнаго argumentum a contrario: въ ст. 1185 и 1188 упоминается о завѣщаніяхъ, такъ какъ онѣ хотятъ исчерпывающимъ образомъ опредѣлить порядокъ перехода указаннаго въ нихъ имущества, а п. 5 ст. 1184 не упоминаетъ о нихъ, такъ какъ эта статья имѣетъ ссылочный характеръ и лишь отмѣчаетъ существованіе особаго порядка наслѣдованія, болѣе подробно опредѣленнаго въ Особомъ приложеніи къ т. IX.

Разсматриваемое начало выражено яснѣе, хотя все же недостаточно опредѣленно, благодаря слишкомъ узкой постановкѣ вопроса, въ рѣшеніи общ. собр. 1909 г. № 19. Обсуждая вопросъ о правѣ родственниковъ крестьянина-завѣщателя отыскивать имущество, завѣщанное въ пользу лицъ постороннихъ, оно признаетъ, что «родственники безпотомно умершаго владѣльца надѣльной земли въ правѣ заявлять притязанія на означенное имущество и, стало-быть, отыскивать таковое изъ чужого владѣнія лишь въ томъ случаѣ, если ихъ домогательство на оставшееся имущество находитъ оправданіе въ мѣстномъ обычаѣ, существованіе котораго должно быть доказано». Если завѣщаніе можетъ быть оспорено даже родственниками безпотомно умершаго завѣщателя, притомъ, повидимому, безъ ограниченія степеней родства, то отсюда неизбѣжно слѣдуетъ и тотъ выводъ, что право на оспариваніе завѣщанія должно быть признано a fortiori за нисходящими завѣщателя. Право оспаривать въ виду нарушенія нормъ обычнаго права крестьянское духовное завѣщаніе, хотя бы утвержденное къ исполненію въ охранительномъ порядкѣ, признается затѣмъ, еще въ опредѣл. Соед. прис. 1 и гражд. касс. деп. Сената 13 декабря 1903 г., и въ неопубликованномъ опред. гражд. касс. деп. отъ 24 марта 1910 г. по дѣлу крест. Тихончуковъ [1]).

По отношенію къ надѣльнымъ землямъ, перешедшимъ въ личную собственность, нынѣ необходимо присоединить еще ограниченія въ распоряженіи родовымъ имуществомъ, предусмотрѣнныя законами гражданскими. Родовой же характеръ надѣльныя земли личнаго владѣнія получаютъ на общихъ основаніяхъ, такъ какъ институтъ родовыхъ имуществъ выходитъ за предѣлы области,

[1]) См. отчетъ о засѣданіи гражд. касс. деп. 24 марта 1910 г., журналъ «Вѣстникъ пр. и нот.» за 1910 г., № 14, стран. 479.

Digitized by Google

отведенной господству обычнаго права и регулируется писаннымъ правомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ этотъ институтъ не чуждъ и обычному праву, которое по данному вопросу расходится съ закономъ только въ отдѣльныхъ частностяхъ [1]).

3) Говоря о «порядкѣ наслѣдованія» ст. 13 Общ. полож. имѣетъ въ виду лишь матеріально — правовыя нормы наслѣдственнаго права. Это вытекаетъ, какъ правильно указываетъ Сенатъ въ рѣш. общ. собр. 1899 г. № 10, изъ содержанія статьи, а также изъ общаго характера раздѣла I Общ. полож. 1861 г., который перечислялъ права, дарованныя крестьянамъ, освобожденнымъ отъ крѣпостной зависимости. Въ виду этого общее собраніе приходитъ къ заключенію, что ст. 13 не предрѣшаетъ формальнаго вопроса о томъ, какими установленіями должны примѣняться начала обычнаго права въ случаѣ спора о наслѣдствѣ или въ порядкѣ охранительнаго производства. Подсудность дѣлъ объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства должна опредѣляться на общихъ основаніяхъ, указанныхъ въ законѣ, въ зависимости отъ рода и цѣны наслѣдственнаго имущества и отъ мѣста открытія наслѣдства. Порядокъ же производства дѣла опредѣляется для каждаго суда установленными для него правилами [2]). Слѣдовательно, постановленія обычнаго права могутъ примѣняться въ указанномъ отношеніи только волостнымъ судомъ, притомъ не въ основаніи ст. 13, а лишь на основаніи ст. 135 общ. полож. или ст. 76 Временныхъ правилъ о вол. судѣ 1912 г. Вопросъ этотъ обсуждается въ приведенномъ рѣшеніи въ связи съ вопросомъ о порядкѣ утвержденія крестьянъ въ правахъ наслѣдства по вкладамъ, хранящимся въ учрежденіяхъ государственнаго банка, и разрѣшенъ въ томъ смыслѣ, что «крестьяне должны утверждаться въ правахъ наслѣдства по вкладамъ, хранящимся въ учрежденіяхъ государственнаго банка, сообразно предѣламъ подсудности дѣлъ, или общимъ гражданскимъ порядкомъ или посредствомъ волостныхъ судовъ, за исключеніемъ духовныхъ завѣщаній на сумму до 100 рублей, записанныхъ въ книгу при волостномъ правленіи».

Основываясь на этихъ, несомнѣнно правильныхъ по существу, заключеніяхъ общаго собранія, слѣдуетъ признать неточнымъ указъ 2 декабря отъ 11 марта 1896 г. № 1767, согласно коему Положенія 1861 г., предоставляя крестьянамъ право наслѣдованія имуществомъ по существующимъ мѣстнымъ обычаямъ, тѣмъ самымъ признали во всѣхъ случаяхъ необязательнымъ для наслѣдниковъ крестьянъ соблюденіе установленнаго законодательствомъ фор-

[1]) См. Пахманъ, тамъ же.
[2]) Ср. рѣш. общ. собр. 1905 г., № 10.

Digitized by Google

мальнаго порядка утвержденія въ правахъ наслѣдства. Положеніе это правильно лишь постольку, поскольку наслѣдство подвѣдомственно волостному суду. Если въ рѣш. гражд. касс. деп. 1884 г., № 105 признано, что при раздѣлѣ крестьянскаго наслѣдства и общій судъ не обязанъ предоставлять наслѣдникамъ установленный стт. 1317 и 1318 зак гражд. двухлѣтній срокъ на полюбовный раздѣлъ, то лишь потому, какъ уже было указано, что это постановленіе признано матеріально-правовымъ.

Подводя итогъ приведеннымъ соображеніямъ относительно значенія термина «порядокъ наслѣдованія» въ ст. 13 Общ. пол., мы приходимъ къ заключенію, что по общему смыслу закона онъ охватываетъ: а) порядокъ наслѣдованія ab intestato, б) порядокъ наслѣдованія противъ завѣщанія, в) порядокъ раздѣла наслѣдственнаго имущества, когда раздѣлъ его пріурочивается къ моменту открытія наслѣдства, а также когда онъ происходитъ позднѣе и носитъ характеръ семейнаго раздѣла. Напротивъ, онъ не относится къ порядку составленія завѣщаній и къ подвѣдомственности и порядку производства судебныхъ дѣлъ о наслѣдованіи.

III.

Разсмотрѣнные выше вопросы разрѣшаются практикой въ общемъ правильно и довольно однообразно. Этого нельзя сказать о третьей группѣ вопросовъ, которые возбуждаются ст. 13 Общ. пол. по поводу зависимости примѣненія нормъ обычнаго права отъ принадлежности къ крестьянскому сословію и разнообразія «мѣстныхъ» обычаевъ, которые пріурочиваются къ различнымъ, иногда весьма мелкимъ территоріямъ.

Издавна крестьянское населеніе отличается большою подвижностью; благодаря земледѣльческому и промышленному отходу, а за послѣднее время также благодаря массовому переселенію въ города, быстро возрастаетъ число крестьянъ, порвавшихъ связь съ мѣстомъ своего происхожденія и постоянно проживающихъ внѣ сферы господства мѣстныхъ обычаевъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, со времени изданія указа 5 октября 1906 г., составъ крестьянскаго сословія утратилъ прежнюю устойчивость: создалась обширная категорія крестьянъ, пріобрѣвшихъ права высшаго состоянія, но формально не вышедшихъ изъ крестьянства. Въ качествѣ лицъ, продолжающихъ состоять членами крестьянскихъ обществъ (сельскихъ и волостныхъ), они продолжаютъ пользоваться также всѣми правами крестьянъ, въ частности, правомъ сохранять за собою и пріобрѣтать вновь надѣльныя земли. Это привело къ тому, что даже на мѣстахъ, въ деревнѣ, нерѣдки случаи, когда члены одной и той же семьи принадле-

Digitized by Google

жатъ къ различнымъ сословіямъ или проживаютъ въ области господства различныхъ нормъ. Многочисленные конфликты между закономъ и обычаемъ и между разномѣстными обычаями, возникающіе на этой почвѣ при опредѣленіи порядка наслѣдованія, разрѣшаются нашей практикой довольно случайно; она не только не выработала соотвѣтствующихъ коллизіонныхъ нормъ, но и не намѣтила пока общихъ началъ для нихъ.

Между тѣмъ, подобныя коллизіи не представляютъ чего-либо совершенно исключительнаго, неимѣющаго аналогіи въ другихъ областяхъ права.

Разъ за обычаемъ признается характеръ «мѣстной» нормы, дѣйствующей въ опредѣленныхъ территоріальныхъ границахъ, то, казалось бы, само собою напрашивается примѣненіе началъ, выработанныхъ теоріей международнаго частнаго, точнѣе междуобластного, права. При этомъ, конечно, территоріей обычая слѣдуетъ считать у насъ, въ виду сословнаго характера его, территорію крестьянскаго общества или обществъ, въ предѣлахъ которыхъ дѣйствуетъ однородный обычай.

Мысль о возможности примѣненія началъ междуобластного права къ разрѣшенію коллизій разномѣстныхъ и разносословныхъ нормъ современнаго крестьянскаго обычнаго права была высказана А. А. Башмаковымъ по поводу рѣшенія гр. касс. деп. 1902 г., № 37[1]). Намъ кажется, что эта точка зрѣнія, недостаточно пока обоснованная, указываетъ единственной возможный выходъ изъ разсматриваемыхъ затрудненій. Въ послѣднихъ своихъ рѣшеніяхъ Сенатъ въ сущности уже сталъ на нее; но онъ сдѣлалъ это безсознательно и проводитъ ее поэтому крайне неясно и непослѣдовательно. Попытаемся пояснить это.

Съ точки зрѣнія современной теоріи и новѣйшаго законодательства наиболѣе раціональнымъ разрѣшеніемъ конфликтовъ въ области наслѣдственнаго права признается начало, согласно коему, каковъ бы ни былъ составъ наслѣдства и гдѣ бы ни находилось наслѣдственное имущество, оно должно подчиняться личному закону наслѣдодателя, причемъ подъ этимъ послѣднимъ нынѣ разумѣется законъ національный. Это положеніе оправдывается тѣсною связью наслѣдственнаго права съ семейственнымъ, которое уже безспорно опредѣляется національнымъ правомъ; оно соотвѣтствуетъ также прочно укоренившемуся въ законодательствахъ, усвоившихъ римскія начала, взгляду на наслѣдство, какъ на единое цѣлое, и началу универсальнаго преемства, какъ перехода къ наслѣднику совокуп-

[1]) См. Башмаковъ. Очерки права родового, наслѣдственнаго и обычнаго», С.-Пб., 1911, стран. 356.

Digitized by Google

ности правъ наслѣдодателя. Въ его пользу высказались, кромѣ ряда законодательствъ, Институтъ международнаго права въ Оксфордскую сессію 1880 г. и Гаагскія конференціи по международному частному праву 1893, 1894, 1900 и 1904 гг.[1]).

Аналогичный пріемъ разрѣшенія коллизій между закономъ и мѣстнымъ обычаемъ при наслѣдованіи послѣ крестьянъ Сенатъ пытался примѣнить въ рѣш. гражд. касс. деп. 1902 г., № 37. Оно оправдываетъ примѣненіе обычая, существовавшаго на родинѣ наслѣдодателя, тѣмъ, что наслѣдникъ — отвѣтчикъ по дѣлу — сославшійся на обычай, по рожденію и приписке состоялъ крестьяниномъ той же мѣстности, какъ и наслѣдодатель, хотя и проживалъ постоянно въ Петербургѣ. Въ подтвержденіе такого рѣшенія вопроса Сенатъ не привелъ, впрочемъ, никакихъ общихъ соображеній и оно представляется намъ неправильнымъ.

Во-первыхъ, невозможно обусловливать примѣненіе обычая принадлежностью наслѣдника къ крестьянскому сословію. Ниже мы попытаемся установить, что въ этомъ отношеніи рѣшающимъ является сословное положеніе наслѣдодателя.

Во-вторыхъ, связь съ мѣстнымъ обычаемъ по рожденію и приписке къ крестьянскому обществу, нынѣ къ тому же утратившей свое прежнее значеніе, не представляетъ какой-либо аналогіи со связью съ національнымъ закономъ, удостовѣряемой прочнымъ формальнымъ признакомъ — подданствомъ. Но главное, — эта точка зрѣнія не соотвѣтствуетъ положительному закону.

Русское право знаетъ три группы, не совпадающихъ по своимъ основаніямъ, правилъ для разрѣшенія коллизій между разномѣстными нормами: а) между русскими и иностранными законами, б) между общерусскимъ правомъ и законами Финляндіи и Царства Польскаго (ст. 1287—1295 зак. гражд.) и в) между постановленіями, дѣйствующими въ губерніяхъ, состоящихъ на общихъ правахъ, и дѣйствующими въ губерніяхъ или областяхъ, состоящихъ на особыхъ правахъ (ст. 1279—1286 зак. гражд.).

Для рѣшенія разсматриваемаго нами вопроса имѣетъ значеніе только эта послѣдняя группа нормъ. Она основана на Высочайше утвержденномъ мнѣніи Гос. Сов. 3 апрѣля 1840 года «О подсудности по наслѣдству въ имуществѣ, остающемся послѣ уроженцевъ Великороссійскихъ губерній, въ губерніяхъ и областяхъ, состоящихъ на особыхъ правахъ» (П. С. З. 13341). Законъ этотъ не распространялъ своего дѣйствія на Царство Польское и на Финляндію (см. п. 11) и, какъ видно изъ самого заглавія его, имѣлъ въ виду

[1]) См. Weiss. Traité de droit international privé, t. IV, éd. 2, 1912 г., стран. 548 сл.

Digitized by Google

конфликты права, дѣйствовавшаго въ великорусскихъ губерніяхъ, съ правомъ Прибалтійскаго края[1]), западно-русскихъ и малороссійскихъ губерній, т.-е. съ Литовскимъ Статутомъ, дѣйствіе котораго еще не было отмѣнено[2]), и со сборниками законовъ Арменопула и царя Вахтанга.

Среди этихъ «особыхъ правъ» нѣкоторыя носили характеръ скорѣе обычнаго права, чѣмъ законодательства; таковы, напримѣръ, рядъ положеній малороссійскаго, бессарабскаго и армянскаго права. Имѣлось въ виду, вѣроятно, также право тѣхъ кавказскихъ и вообще окраинныхъ областей, въ которыхъ тогда еще почти безраздѣльно признавалось господство шаріата или горскихъ адатовъ. Слѣдуетъ полагать поэтому, что законъ 3 апрѣля 1840 г. установилъ коллизіонныя нормы не только на случай столкновенія общаго закона съ мѣстнымъ закономъ, но также — общаго закона съ мѣстными обычаями. Теоретически, во всякомъ случаѣ, нѣтъ препятствій къ тому, чтобы истолковать его въ указанномъ смыслѣ: норма обычнаго права по своей силѣ равнозначна закону[3]). Достаточно вспомнить, къ тому же, что до конца XVIII вѣка теорія международластного права во Франціи разрабатывалась, главнымъ образомъ, именно по поводу столкновеній между различными кутюмами. Въ виду этого, статьи 1279—1286 т. X, ч. I, основанныя на законѣ 1840 г., должны быть привлечены при разграниченіи дѣйствія закона и мѣстныхъ обычаевъ по вопросамъ крестьянскаго наслѣдованія.

По существу законъ 1840 г. воспроизвелъ господствовавшую въ то время на западѣ теорію, согласно коей право наслѣдованія относится къ такъ называемому реальному статуту[4]): недвижимыя имѣнія подчиняются закону мѣста ихъ нахожденія (lex rei sitae); движимыя имущества — закону мѣстожительства наслѣдодателя (lex domicilii). Правда, ст. 7 закона, нынѣ ст. 1283 зак. гражд., на первый взглядъ говоритъ только о подвѣдомственности споровъ о наслѣдованіи въ движимомъ имуществѣ; но, какъ правильно указалъ бар. Б. Э. Нольде, она тѣмъ самымъ предписываетъ

---

[1]) Коллизіонныя нормы на случай столкновенія общерусскаго права съ законами, дѣйствующими въ Прибалтійскихъ губерніяхъ, отнесены ко введенію въ Сводъ гражд. узак. губ. Приб., который составлялся непосредственно вслѣдъ за изданіемъ законовъ 1840, 1843 и 1844 гг., установившихъ основныя начала русскаго международластного права.

[2]) Правда, дѣйствіе общаго свода законовъ было распространено на западныя губерніи уже черезъ нѣсколько мѣсяцевъ, указомъ 25 іюня 1840 г.; но приведенное мнѣніе Гос. Сов. несомнѣнно, вырабатывалось еще въ предположеніи, что Литовскій Статутъ будетъ замѣненъ «Западнымъ Сводомъ».

[3]) Дѣйствіе римскаго права въ Германіи основывалось на обычаѣ, но коллизіонныя нормы примѣнялись къ нему наравнѣ съ закономъ.

[4]) Ср. P i l l e t. Principes de droit international privé, 1903 г., стран. 356.

Digitized by Google

примѣнять lex fori, мѣстную норму гражданскаго права, какъ личный законъ наслѣдодателя[1]).

Яснѣе то же самое начало воспроизводится въ ст. XXXIV введенія къ Св. гражд. узак. губ. Приб., изд. 1864 г.: «Призваніе къ наслѣдованію и пріобрѣтеніе наслѣдства обсуждаются по законамъ той территоріи, къ которой наслѣдодатель принадлежалъ въ послѣднее время жизни, по мѣстожительству и по званію... Недвижимости, находящіяся во внутреннихъ губерніяхъ имперіи, подлежатъ законамъ имперіи и въ томъ случаѣ, когда онѣ составляютъ часть наслѣдства, оставшагося послѣ лица, имѣвшаго мѣстожительство въ губерніяхъ Прибалтійскихъ».

Эти положенія близки къ вышеупомянутой теоріи, господствовавшей во Франціи до конца XVIII столѣтія[2]).

При всей теоретической неудовлетворительности этихъ принциповъ съ точки зрѣнія современнаго права, приходится признать, что они стояли въ несомнѣнной органической связи съ основными началами наслѣдованія по французскому обычному праву, пропитанному переживаніями феодальнаго строя. Подобно средневѣковому германскому праву[3]), французскіе кутюмы не знали наслѣдованія какъ универсальнаго — въ римскомъ смыслѣ термина — преемства во всемъ наслѣдствѣ сразу: наслѣдство распадалось на рядъ отдѣльныхъ массъ, переходившихъ каждая въ особомъ порядкѣ, нерѣдко тѣсно связанномъ съ мѣстными хозяйственными и политическими условіями, въ частности, со спеціальными обремененіями въ пользу мѣстнаго сеньора. Подчинять всѣ отдѣльныя массы, составлявшія наслѣдство, какому-нибудь одному обычаю представлялось подчасъ совершенно неумѣстнымъ. Поэтому и сложилось правило: quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot partimonia intelleguntur.

Съ дѣйствующимъ русскимъ правомъ отнесеніе наслѣдства къ реальному статуту вяжется уже не такъ хорошо. Съ конца XVIII вѣка, въ особенности со времени изданія Устава о

---

[1]) См. бар. Б. Нольде. Коллизія разномѣстныхъ законовъ о наслѣдованіи въ движимостяхъ, «Вѣстникъ Права», 1900 г., № 7, стран. 27 сл.

[2]) Наиболѣе видные представители международнаго частнаго права во Франціи XVIII в., Boullenois и Bouhier, признавали господство этихъ началъ, но уже тогда указывали на предпочтительность подчиненія всего наслѣдства обычаю мѣстожительства наслѣдодателя. Работы французскихъ авторовъ XVII и XVIII стт. представляютъ особенный интересъ при разрѣшеніи разсматриваемаго нами вопроса, въ виду того, что и имъ приходилось разрѣшать столкновенія между разномѣстными обычаями.

[3]) Относительно такъ наз. «германскаго» принципа дробленія наслѣдства на отдѣльныя массы см. бар. Фрейтагъ-Лоринговенъ, Наслѣдованіе въ крестьянской недвижимости по германскому праву, страница 220 сл., Юрьевъ, 1910 г.; Freytagh-Loringhoven: Der Sukzessionsmodus des deutschen Erbrechts, Berlin, 1908 г.

Digitized by Google

банкротахъ 1800 г., русское право восприняло римское представленіе о наслѣдованіи, какъ о вступленіи въ совокупность юридическихъ отношеній наслѣдодателя. Рѣш. гражд. касс. деп. 1885 г., № 131, указываетъ, что наслѣдованіе «опредѣляется отношеніемъ преемника не къ предмету наслѣдованія, а къ лицу наслѣдодателя, — установлено ли это отношеніе самимъ закономъ, или волею завѣщателя, — и въ этомъ смыслѣ оно является, прежде всего, правомъ личнымъ, хотя и касается лишь имущественной сферы правъ наслѣдодателя». На этомъ основаніи Сенатъ дѣлаетъ даже попытку признать за общее начало русскаго законодательства, что права наслѣдованія, «въ случаѣ столкновенія законовъ разныхъ мѣстностей, обсуживается по законамъ не той мѣстности, гдѣ находится наслѣдственное имущество, а той, гдѣ умершій имѣлъ постоянное мѣстожительство (ст. 1279, 1281, 1287, 1289 и др., т. X, ч. I), независимо отъ нѣкоторыхъ изъятій, установленныхъ именно для примѣненія законовъ той или другой мѣстности (тамъ же, ст. 1286, 1295 и др.)».

Едва ли, однако, установленное Сенатомъ правило вполнѣ соотвѣтствуетъ дѣйствующему праву. Исключенія изъ этого правила носятъ не случайный, а принципіальный характеръ. Какъ въ старомъ германскомъ и французскомъ правѣ, они стоятъ во внутренней связи съ самой структурой наслѣдованія. Русское право понынѣ сохранило средневѣковое начало дробленія наслѣдства на отдѣльныя массы, изъ которыхъ каждая переходитъ какъ цѣлое, но на различныхъ основаніяхъ. Такъ, отдѣльныя массы составляютъ — движимое и недвижимое имущество; послѣднее, въ свою очередь, дѣлится на благопріобрѣтенное и родовое; при переходѣ къ боковымъ родственникамъ и родовое имущество можетъ раздробиться, если оно дошло къ наслѣдодателю изъ различныхъ родовъ и въ числѣ наслѣдниковъ есть представители каждаго изъ нихъ[1]). Еще недавно законъ 3 іюня 1912 г. установилъ новый поводъ къ дробленію наслѣдства на отдѣльныя массы — городское и внѣгородское (земельное) имущество, которыя, при наличности среди наслѣдниковъ лица женскаго пола, переходятъ въ различныхъ доляхъ. Послѣдній примѣръ подтверждаетъ, что дѣйствующее право и теперь рѣзко отличаетъ земельное имущество, т.-е., повидимому, такое, которое подлежитъ сельскохозяйственной эксплуатаціи, отъ имущества городского.

Въ виду этого, слѣдуетъ признать безспорно неправильнымъ положеніе, высказанное Сенатомъ въ приведенномъ выше рѣшеніи

---

[1]) См. рѣш. гр. касс. деп. 1891 г., № 61.

Digitized by Google

1902 г., № 37, согласно коему принадлежащее крестьянину недвижимое городское имѣніе переходитъ по наслѣдству согласно обычаю родины наслѣдодателя и наслѣдника. Руководствуясь правилами ст. 1283 зак. гражд., мы приходимъ, напротивъ, къ слѣдующимъ выводамъ.

1) Пунктомъ V указа 5 октября 1906 г. пріостановлено дѣйствіе пункта 3 ст. 2 Устава о паспортахъ, и лицамъ бывшихъ податныхъ состояній предоставлена свобода избранія мѣста постояннаго жительства на одинаковыхъ основаніяхъ съ лицами другихъ состояній. Согласно этому, постояннымъ мѣстомъ ихъ жительства является нынѣ не мѣсто приписки, а «мѣсто, гдѣ они по службѣ, или занятіямъ, или промысламъ, или недвижимому имуществу имѣютъ осѣдлость, либо домашнее обзаведеніе»[1]). Въ настоящее время къ нимъ вполнѣ примѣнимы начала lex domicilii: если крестьянинъ имѣлъ мѣсто жительства[2]) въ предѣлахъ территоріи, на которой господствуетъ исключительно писанное право, напримѣръ въ городѣ, то порядокъ наслѣдованія въ его д в и ж и м о м ъ и м у щ е с т в ѣ, гдѣ бы оно ни находилось, долженъ опредѣляться закономъ. Если же онъ имѣлъ послѣднее передъ смертью постоянное мѣстожительство тамъ, гдѣ дѣйствуетъ «мѣстный» обычай, то порядокъ наслѣдованія въ его движимомъ имуществѣ долженъ быть опредѣленъ этимъ мѣстнымъ обычаемъ, притомъ опять-таки независимо отъ того, гдѣ оно находится.

2) Порядокъ наслѣдованія въ недвижимомъ имѣніи, напротивъ, всегда опредѣляется нормою, дѣйствующей въ мѣстѣ его расположенія. Д о м ъ в ъ г о р о д ѣ во всякомъ случаѣ переходитъ въ порядкѣ, установленномъ закономъ, а у ч а с т к и н а д ѣ л ь н о й з е м л и — по мѣстному обычаю; если же они расположены въ предѣлахъ территорій различныхъ обычаевъ, то они образуютъ отдѣльныя массы, которыя подчиняются каждая своему обычаю. Наслѣдованіе въ у ч а с т к а х ъ в н ѣ н а д ѣ л ь н о й з е м л и также слѣдуетъ мѣстному обычаю, если участки расположены въ предѣлахъ территоріи его дѣйствія, т.-е., какъ уже было указано, въ предѣлахъ волости. Этотъ выводъ подтверждается, отчасти, подчиненіемъ дѣйствію обычая земель, пріобрѣтенныхъ при участіи крестьянскаго банка, такъ какъ онѣ включаются

---

[1]) Въ виду этого, теперь уже нельзя болѣе поддерживать взглядъ, высказанный Шалландомъ въ «Правѣ» за 1901 г., стран. 1773, будто законы гражд. имѣютъ въ виду не гражданско-правовое domicilium, а мѣстожительство паспортнаго устава (приписку).

[2]) Относительное понятіе мѣстожительства, какъ мѣста осѣдлости, смотри рѣш. гражд. касс. деп. 1885 г., № 131.

Digitized by Google

въ территорію волости и подлежатъ мірскому обложенію на ея нужды[1]).

Въ одномъ изъ послѣднихъ рѣшеній по этому вопросу гражданскаго касс. департ. (1905 г., № 53) Сенатъ, въ сущности, уже близко подходитъ къ указаннымъ нами началамъ, хотя и выражаетъ ихъ крайне неясно. Не упоминая совсѣмъ о рѣш. 1902 г., № 37, Сенатъ рѣшительно отступаетъ отъ высказаннаго въ немъ положенія. Теперь онъ слѣдующимъ образомъ формулируетъ свой взглядъ: «мѣстный обычай, о которомъ говоритъ законъ (ст. 13 особ. прилож. къ IX т. изд. 1902 г.), примѣняется въ порядкѣ наслѣдованія крестьянами въ томъ лишь случаѣ, если наслѣдство обнимаетъ или надѣльное имущество, или хотя и выходящее изъ предѣловъ надѣла, но открывшееся въ той мѣстности, гдѣ послѣдній находится, и притомъ, если наслѣдодатель имѣлъ въ этой мѣстности передъ смертью постоянное пребываніе».

Въ первой своей части это положеніе устанавливаетъ вполнѣ опредѣленно, что наслѣдованіе въ надѣлѣ всегда подчиняется мѣстному обычаю, независимо отъ мѣстожительства наслѣдодателя. Напротивъ, вторая часть его, касающаяся имущества, «выходящаго изъ предѣловъ надѣла», представляется не вполнѣ ясной и вызываетъ рядъ сомнѣній. Въ порядкѣ наслѣдованія во внѣнадѣльномъ имуществѣ мѣстный обычай примѣняется, по словамъ Сената, при наличности двухъ условій: а) если наслѣдство открылось въ той мѣстности, гдѣ находится надѣлъ, т.-е., очевидно, въ предѣлахъ территоріи господства мѣстнаго обычая, и притомъ б) если наслѣдодатель имѣлъ въ этой мѣстности передъ смертью постоянное пребываніе. Между тѣмъ, Сенатъ въ томъ же рѣшеніи, нѣсколькими строками раньше, признаетъ, что «мѣстомъ открытія наслѣдства должно считаться мѣсто послѣдняго, передъ смертью, постояннаго жительства наслѣдодателя». Въ виду этого, указанныя два условія, въ сущности, сводятся къ одному, — чтобы наслѣдодатель имѣлъ послѣднее передъ смертью мѣстожительство въ предѣлахъ территоріи, на которой дѣйствуетъ обычай. Такое предположеніе привело бы къ признанію допустимости перехода по обычаю даже внѣнадѣльнаго, напримѣръ городского, имѣнія, если только владѣлецъ имѣлъ мѣстожительство въ деревнѣ. Это не вяжется, однако, съ дальнѣйшими разсужденіями Сената, явно направленными къ опроверженію, не упомянутаго впрочемъ рѣш. 1902 года № 37, которое стояло на такой точкѣ зрѣнія.

[1]) Ср. п. 5 прил. къ ст. 45 Уст. крест. позем. банка.

Digitized by Google

Возможно, однако, что подъ имуществомъ «открывшимся» въ той мѣстности, гдѣ находится надѣлъ, Сенатъ разумѣетъ имущество, находящееся въ этой мѣстности; это было бы равносильно признанію безусловной примѣнимости lex rei sitae ко всякому имуществу, въ томъ числѣ и къ движимому. Такое предположеніе, въ свою очередь, какъ-будто подтверждается дальнѣйшими указаніями Сената въ томъ же рѣшеніи па имущество, «находящееся въ моментъ смерти наслѣдодателя не в ъ п р е д ѣ л а х ъ в л а д ѣ н і я (?) сельскаго общества, къ коему онъ приписанъ». Тѣмъ не менѣе, и оно представляется маловѣроятнымъ: подобный принципъ могъ бы быть оправданъ только по отношенію къ движимости, составляющей принадлежность надѣла; въ примѣненіи къ остальной движимости онъ приводилъ бы къ совершенно случайнымъ и неудовлетворительнымъ результатамъ въ зависимости отъ того, напримѣръ, хранилъ ли крестьянинъ цѣнныя бумаги у себя въ деревнѣ, или же въ городѣ, въ банкѣ.

Намъ кажется, поэтому, что предложенный нами способъ разрѣшенія коллизій между закономъ и обычаями, поскольку они являются нормами «разномѣстными», не только находитъ себѣ опору въ законѣ, въ ст. 1283 т. X, ч. I, — но и отвѣчаетъ тѣмъ психологическимъ соображеніямъ, которыя приводятся въ цитированномъ рѣшеніи. Сенатъ полагаетъ, что «крестьянинъ, удалившійся изъ мѣстонахожденія своего надѣла, по паспорту переселившійся въ другую мѣстность и пріобрѣвшій въ ней постоянную осѣдлость, очевидно не можетъ и не обязанъ руководствоваться обычаями мѣста своей приписки, о которыхъ онъ, вслѣдствіе своего долговременнаго отсутствія, можетъ и не знать». Отсюда неизбѣженъ и обратный выводъ: крестьянинъ, который живетъ въ деревнѣ, пока тамъ господствуетъ обычай, знаетъ этотъ обычай и можетъ руководствоваться имъ; должны считаться съ нимъ и его наслѣдники.

IV.

Какъ ни значительна трудность разграниченія закона и мѣстнаго обычая по пространству ихъ дѣйствія, едва ли не многочисленнѣе еще осложненія, которыя возникаютъ благодаря участію въ крестьянскомъ наслѣдствѣ лицъ разныхъ сословій.

Статья 13 Общ. полож. предоставляетъ крестьянамъ руководствоваться своими мѣстными обычаями. Если всѣ участники отношенія — и наслѣдодатель и наслѣдники — лица крестьянскаго сословія, то не возникаетъ особыхъ сомнѣній.

Иное дѣло, если хотя одинъ изъ участниковъ — не крестьянинъ.

Digitized by Google

По этому вопросу наша судебная практика даетъ указанія, лишенныя какого-либо руководящаго начала. Такъ, рѣш. гражданскаго касс. департ. 1885 г., № 74, признало, что ст. 13 подлежитъ примѣненію лишь въ томъ случаѣ, если не только наслѣдодатель, но и в сѣ наслѣдники — крестьянскаго сословія, мотивируя это исключительно тѣмъ, что ст. 13 упоминаетъ объ однихъ крестьянахъ. Въ приведенномъ уже выше рѣш. 1902 г., № 37, Сенатъ, напротивъ, находитъ, что она подлежитъ примѣненію, если хотя одинъ изъ наслѣдниковъ — крестьянинъ.

Очевидно, что и то и другое рѣшеніе вопроса лишено основанія. Наше право признаетъ за наслѣдованіемъ характеръ универсальнаго преемства; наслѣдникъ пріобрѣтаетъ совокупность правъ наслѣдодателя въ томъ объемѣ и съ тѣми особенностями, какія они имѣли у послѣдняго. Отсюда слѣдуетъ, что права наслѣдниковъ должны опредѣляться, прежде всего, личнымъ статутомъ наслѣдодателя[1]). Этимъ, именно, объясняется, что въ составѣ наслѣдства къ наслѣднику могутъ перейти права, которыхъ онъ въ отдѣльности не имѣлъ бы возможности пріобрѣсти.

На указанныхъ основаніяхъ вопросъ разрѣшается и русскимъ междуобластнымъ правомъ. Въ отличіе отъ западно-европейскихъ коллизіонныхъ нормъ, ст. 1283 даетъ указанія на порядокъ разрѣшенія столкновеній не только между разномѣстными, но и между разносословными нормами. Она постановляетъ, что въ этихъ случаяхъ споръ о движимомъ имуществѣ «передается на разрѣшеніе того судебнаго мѣста,... которому у м е р ш і й по постоянному жительству и п о з в а н і ю своему былъ подвѣдомъ». Въ матеріально-правовомъ отношеніи это постановленіе, какъ уже сказано выше, равносильно подчиненію порядка наслѣдованія lex fori. Отсюда неизбѣжно вытекаетъ и дальнѣйшій выводъ, что примѣняется статутъ наслѣдодателя, независимо отъ того, совнадаетъ ли онъ съ личнымъ статутомъ наслѣдника или нѣтъ. Такимъ образомъ, если наслѣдодатель по мѣстожительству и по званію своему подлежалъ дѣйствію нормъ обычнаго права, то и права наслѣдниковъ должны опредѣляться мѣстными обычаями, хотя бы они не были крестьянами. Напротивъ, если наслѣдодатель, хотя бы онъ былъ крестьяниномъ, по своему мѣстожительству не подлежалъ дѣйствію нормъ обычнаго права, то и права наслѣдниковъ опредѣляются закономъ, даже если они лично подчиняются обычаю.

Такое рѣшеніе вопроса представляется не только согласнымъ съ нашимъ закономъ, но и соотвѣтствуетъ началамъ, прочно установленнымъ въ современной теоріи международнаго частнаго права.

[1]) Z i t e l m a n n. Internationales Privatrecht, т. II, ч. 1, стран. 27 сл.

Digitized by Google

Вопросъ осложняется при опредѣленіи порядка наслѣдованія въ недвижимомъ имѣніи. По отношенію къ нему примѣняется lex rei sitae. Но въ предѣлахъ господства мѣстныхъ обычаевъ эта послѣдняя двоится въ зависимости отъ сословнаго положенія владѣльца.

Основываясь на принятой нами теоріи, приходится, прежде всего, признать, что имѣніе наслѣдодателя - крестьянина, въ этомъ случаѣ, всегда переходитъ по обычаю; такова же правильная, по существу, точка зрѣнія нашей практики. Въ настоящее время послѣдовательное проведеніе этого начала встрѣчаетъ, однако, затрудненія, благодаря образованію новаго, какъ бы промежуточнаго, сословія лицъ, пріобрѣвшихъ права высшаго состоянія, но не вышедшихъ изъ состава крестьянскихъ обществъ. Согласно п. III Ук. 5 октября 1906 г., эти лица пользуются, впредь до добровольнаго выхода ихъ изъ общества, всѣми, связанными съ принадлежностью къ обществу, правами и несутъ соотвѣтственныя обязанности. Исключеніе сдѣлано лишь въ отношеніи подсудности ихъ волостному суду по уголовнымъ дѣламъ, подчиненія ихъ дисциплинарно-карательной власти должностныхъ лицъ сельскаго управленія[1]), наказаній и послѣдствій, опредѣляемыхъ для преступныхъ дѣяній, наконецъ, въ отношеніи отбыванія нѣкоторыхъ личныхъ повинностей[2]). Эти исключенія не даютъ основаній признавать такихъ лицъ изъятыми изъ обязательной подсудности волостному суду по гражданскимъ дѣламъ. Тѣмъ самымъ, согласно съ началомъ, выраженнымъ въ ст. 1283 Зак. Гражд., порядокъ наслѣдованія послѣ такихъ лицъ долженъ опредѣляться мѣстными обычаями на общихъ основаніяхъ.

Но будетъ ли правиленъ обратный выводъ, что всякое недвижимое имѣніе, расположенное въ предѣлахъ господства мѣстнаго обычая, но принадлежавшее лицу некрестьянскаго сословія, переходитъ по наслѣдству въ порядкѣ, установленномъ писаннымъ правомъ? Вопросъ рѣшается безспорно въ положительномъ смыслѣ, если имѣніе внѣнадѣльное. Относительно же участковъ надѣльной земли возникаютъ сомнѣнія. Переходъ такихъ участковъ къ лицамъ некрестьянскаго сословія происходитъ теперь довольно часто со времени распространенія на нихъ института личной собственности. Статья 19 Общ. полож. воспрещаетъ отчужденіе такихъ

---

[1]) См. цирк. мин. внутр. дѣлъ, по соглаш. съ мин. юст., 13 декабря 1906 г., № 69.

[2]) См. цирк. мин. внутр. дѣлъ, по соглаш. съ мин. фин., 4 іюля 1907 года, № 43.

Digitized by Google

участковъ лицамъ, не приписаннымъ къ сельскимъ обществамъ, но только посредствомъ дарения или продажи, какъ добровольной, такъ и съ публичныхъ торговъ. Постановленіе это носитъ характеръ ограниченія правъ владѣльцевъ надѣльной земли и, какъ таковое, не подлежитъ распространительному толкованію. Отсюда слѣдуетъ, прежде всего, что такіе участки могутъ переходить къ лицамъ другихъ сословій въ порядкѣ наслѣдованія, какъ по закону, такъ и по завѣщанію[1]), поскольку послѣднему не препятствуетъ мѣстный обычай. Однако, эти участки съ переходомъ по наслѣдству къ лицамъ другихъ сословій не утрачиваютъ характера надѣльной земли[2]). Между тѣмъ, какъ уже было указано въ началѣ настоящаго очерка, рядъ статей Положеній о сельскомъ состояніи подчиняетъ дѣйствію обычнаго права надѣльныя земли, какъ таковыя[3]); въ отличіе отъ ст. 13 Общ. полож. онѣ не упоминаютъ о сословномъ положеніи владѣльца. Такъ же поступаетъ и статья 54 Врем. правилъ о вол. судѣ 1912 г., безусловно подчиняя вѣдѣнію волостного суда «дѣла по наслѣдованію, кромѣ исковыхъ, и дѣла по раздѣламъ между наслѣдниками крестьянскаго имущества, входящаго въ составъ крестьянскаго надѣла или составляющаго его принадлежность» (п. 5). Всѣ эти указанія приводятъ къ заключенію, что участки надѣльной земли должны переходить согласно мѣстнымъ обычаямъ даже въ томъ случаѣ, если они входятъ въ составъ наслѣдства лица некрестьянскаго сословія. Въ этомъ отношеніи изъ общаго статута, опредѣляющаго судьбу наслѣдства (Gesamtstatut), устанавливается изъятіе силою спеціальнаго статута (Sonderstatut)[4]).

Подводя итогъ соображеніямъ, высказаннымъ нами при истолкованіи ст. 13, какъ въ настоящей статьѣ, такъ и въ статьѣ «Примѣненіе обычая къ наслѣдованію въ личной собственности на надѣльныя земли»[5]), мы приходимъ къ слѣдующимъ окончательнымъ выводамъ:

1. Порядокъ наслѣдованія послѣ крестьянъ опредѣляется обычаемъ и по нынѣ дѣйствующему праву, не исключая участковъ

---

[1]) Это положеніе признаетъ рѣш. гражд. касс. деп. 1903 г., № 33, при чемъ оно не проводитъ никакого различія между основаніями, на которыхъ можетъ открыться наслѣдство. Ср. рѣш. общ. с. 1905 г., № 26. На той же точкѣ зрѣнія стоятъ крестьянскія учрежденія: ср. опред. 2 деп. 20 мая 1897 г., № 1803 и указы 26 января 1898 г., № 315 и 316; ук. 1 общ. собранія 29 октября 1907 г., № 4856.

[2]) Ук. 2 деп. 22 сентября 1903 г., № 5120.

[3]) См. ст. 116 Пол. о вык., ст. 15, 66, 149 и 190 Пол. крест. владѣльч. и ст. 41 Пол. крест. каз.

[4]) Zitelmann. Internationales Privatrecht, т. II, стран. 28.

[5]) «Юридическія Записки», 1912 г., № 1—2.

Digitized by Google

надѣльной земли, укрѣпленныхъ или силою самого закона перешедшихъ въ личную собственность (ст. 17[39] Общ. полож.). Къ этимъ послѣднимъ примѣнимы всѣ тѣ обычаи, которые не противорѣчатъ началу личной собственности; таковы, напримѣръ, обычаи, устанавливающіе ограниченія свободы завѣщаній, наслѣдованіе родителей во всякомъ имуществѣ, наслѣдованіе пріймаковъ, наслѣдованіе въ боковыхъ линіяхъ безъ различія рода отца и матери т. п. То обстоятельство, что многіе изъ этихъ обычаевъ сложились на почвѣ семейнаго имущества, не лишаетъ ихъ силы: cessante ratione legis non cessat lex ipsa. Стали непримѣнимыми къ этимъ участкамъ, въ сущности, только тѣ нормы обычая, въ силу которыхъ отъ наслѣдства устранялись кровные родственники, поскольку они не участвовали въ общемъ хозяйствѣ[1]).

2. Въ волостномъ судѣ обычай примѣняется независимо отъ ссылки на него сторонъ (ст. 135 Общ. полож. и ст. 76 Врем. правилъ о вол. судѣ 1912 г.). Мѣстный и общій судъ обязаны примѣнять обычай, если кто-либо изъ тяжущихся а) сошлется на него и, буде обычай суду неизвѣстенъ, б) представитъ доказательства его существованія (ст. 13 Общ. полож. и ст. 10[1] и 10[2] Уст. гражд. суд. въ редакціи зак. 15 іюня 1912 г.).

3. «Порядокъ наслѣдованія» означаетъ въ ст. 13 Общ. полож. совокупность матеріально-правовыхъ нормъ наслѣдственнаго права, за исключеніемъ правилъ о порядкѣ составленія духовныхъ завѣщаній. Сверхъ того, онъ охватываетъ раздѣлъ общаго семейнаго имущества, образовавшагося въ порядкѣ ст. 37[1] Общ. полож., или въ порядкѣ наслѣдованія. Статья 13 не касается подвѣдомственности и порядка производства дѣлъ о наслѣдованіи[2]).

4. Къ столкновеніямъ между закономъ и обычаемъ относительно территоріальныхъ предѣловъ дѣйствія ихъ примѣнимы коллизіонныя нормы междуобластного права, установленныя въ ст. 1279 и 1283 зак. гражд. На этомъ основаніи къ недвижимому имѣнію крестьянина примѣняется lex rei sitae; порядокъ же наслѣдованія во всемъ движимомъ имуществѣ опредѣляется нормами, дѣйствующими въ мѣстѣ послѣдняго постояннаго жительства крестьянина — наслѣдодателя, — lex domicilii[3]).

5. Обычный порядокъ наслѣдованія въ движимомъ имуществѣ примѣняется въ качествѣ личнаго статута наслѣдодателя (ст. 1283 зак. гражд.). Недвижимое имѣніе внѣнадѣльное также переходитъ по обычаю, какъ статуту наслѣдодателя. При-

---

[1]) См. рѣш. общ. соб. 1910 г., № 1.
[2]) Рѣш. общ. собр. 1899 г., № 10.
[3]) Рѣш. гражд. касс. деп. 1905 г., № 53.

Digitized by Google

надлежность нѣкоторыхъ или хотя бы всѣхъ наслѣдниковъ къ некрестьянскому сословію не должно оказывать вліянія на примѣнимость обычая[1]). Недвижимое имѣніе надѣльное переходитъ по обычаю даже въ томъ случаѣ, если владѣлецъ его не былъ крестьяниномъ, не на основаніи ст. 13 Общ. пол., а согласно статьямъ Пол. о кр. влад. и каз.

Изложенные выводы показываютъ, думается намъ, что даже область такихъ сингулярныхъ нормъ, какъ наше «крестьянское право», которая на первый взглядъ представляется безнадежно запутанной, можетъ быть значительно уяснена при болѣе интенсивной догматической разработкѣ ея.

А. Вормсъ.

[1]) Contra: рѣш. гражд. касс. деп. 1885 г., № 74 и 1902 г., № 37.

Digitized by Google

Digitized by Google

Габріель Феликсовичъ

ШЕРШЕНЕВИЧЪ

родился 1 января 1863 г. — умеръ 31 августа 1912 г.

Digitized by Google

Digitized by Google

Г. Ф. Шершеневичъ, какъ цивилистъ[1]).

Наука гражданскаго права въ Россіи не имѣетъ за собой преданій старины. Возникнувъ во второй половинѣ XVIII столѣтія, наука гражданскаго права съ трудомъ насчитываетъ полтора вѣка своего существованія. За этотъ краткій періодъ подъ вліяніемъ, съ одной стороны, западно-европейской научной мысли, а съ другой — условій развитія русской жизни, господствовавшія въ наукѣ направленія неоднократно смѣнялись. При своемъ зарожденіи наука гражданскаго права восприняла всецѣло идеи школы естественнаго права, господствовавшей въ Европѣ во второй половинѣ XVIII столѣтія. На смѣну идеямъ школы естественнаго права выступили идеи исторической школы. Расцвѣтъ идей исторической школы совпалъ съ изданіемъ въ Россіи Свода Законовъ. Будучи построенъ на основахъ историческихъ, Сводъ Законовъ явился прекраснымъ матеріаломъ для науки гражданскаго права, направившей свои силы на разработку историческихъ основъ правовыхъ институтовъ. Судебные уставы 1864 года, смѣнившіе тайны канцелярскаго производства процессомъ гласнымъ, выдвинули живую потребность въ разработкѣ дѣйствующаго права. Наука гражданскаго права, отвѣчая на требованія жизни, поставила своей задачей практическо-догматическую разработку дѣйствующаго права. Не успѣло окрѣпнуть догматическое направленіе, какъ подъ вліяніемъ успѣховъ соціологіи и историко-сравнительнаго метода предъ наукой права возникли новыя задачи. Соціологическое или историко-философское направленіе выдвинуло предъ наукой гражданскаго права изученіе законовъ развитія права какъ одной изъ формъ общественности.

Эти направленія — историческое, догматическое, историко-философское — и въ настоящее время, вмѣстѣ съ возродившейся школой естественнаго права, живутъ въ наукѣ гражданскаго права, имѣя своихъ видныхъ представителей.

Г. Ф. Шершеневичъ двадцатипятилѣтнимъ юношей выступилъ въ 1888 году съ своимъ первымъ капитальнымъ трудомъ «Системой

---

[1]) Рѣчь, произнесенная въ соединенномъ засѣданіи Московскаго Юридическаго Общества и Общества имени А. И. Чупрова, посвященномъ памяти Г. Ф. Шершеневича.

Digitized by Google

торговыхъ дѣйствій», въ тотъ моментъ, когда, благодаря блестящимъ работамъ С. А. Муромцева, практическо-догматическое направленіе переживало рѣзкій кризисъ. Однако уже въ первомъ трудѣ обрисовывается вполнѣ самостоятельный научный обликъ Габріеля Феликсовича, нашедшій въ послѣдовавшихъ трудахъ покойнаго яркое выраженіе.

Г. Ф. Шершеневичъ не былъ цивилистомъ-историкомъ. Среди его работъ напрасно было бы искать труды, посвященные изслѣдованію историческихъ основъ институтовъ гражданскаго права. Хотя въ его докторской диссертаціи «Авторское право на литературныя произведенія» и имѣется глава, посвященная «исторіи авторскаго права», но она не имѣетъ характера самостоятельнаго историческаго изслѣдованія. Это лишь очеркъ, написанный по обработаннымъ матеріаламъ, имѣющій своей задачей обосновать устанавливаемыя авторомъ догматическія положенія. Такое же значеніе лишь извѣстнаго методологическаго пріема для правильнаго истолкованія дѣйствующаго права имѣютъ и другіе экскурсы Габріеля Феликсовича въ область исторіи гражданскаго права, встрѣчающіеся въ другихъ трудахъ покойнаго. Историческое изслѣдованіе гражданскаго права для Габріеля Феликсовича не только не было самоцѣлью, но, по его мнѣнію, и не должно быть таковой. Отстаивая необходимость разработки гражданскаго права согласно съ современными потребностями общества, т.-е., какъ выражался покойный, согласно съ «мірской суетой», Габріель Феликсовичъ подчеркивалъ, что историческое направленіе въ наукѣ гражданскаго права повело за собою «изолированность науки», оторвало теорію права отъ практики. «Если», писалъ Габріель Феликсовичъ, «у практики явилась потребность въ теоріи, то послѣдняя уже не имѣла права зарываться въ археологическія древности, отговариваясь индифферентизмомъ общества къ наукѣ»[1]). Съ этимъ взглядомъ на значеніе историческаго направленія тѣсно связано и далеко недружелюбное отношеніе Габріеля Феликсовича къ римскому праву. Для Габріеля Феликсовича римское право было прежде всего правомъ мертвымъ. Преподаваніе римскаго права покойный сравнивалъ съ чѣмъ-то въ родѣ преподаванія латинской грамматики. Даже столь долго господствовавшую у насъ оторванность практики отъ теоріи Габріель Феликсовичъ склоненъ былъ объяснять излишнимъ господствомъ въ русской наукѣ римскаго права. «Когда наука», писалъ покойный, «предлагаетъ обращающейся къ ней за совѣтомъ практикѣ антикварныя изслѣдованія въ области римскаго права, то нѣтъ ничего удивительнаго, что разочарованная

[1]) «Наука гражданскаго права въ Россіи», стран. 80.

Digitized by Google

практика отворачивается отъ науки и ищетъ самостоятельнаго исхода для удовлетворенія своихъ потребностей»[1]). Въ этомъ, несомнѣнно, одностороннемъ приговорѣ надъ римскимъ правомъ ярко обрисовывается боязнь Габріеля Феликсовича видѣть науку права уходящей въ изслѣдованіе старины. Настойчиво призывая науку права къ изученію права современнаго, Габріель Феликсовичъ, просто, упускалъ изъ вида, что въ такихъ цивильно-правовыхъ системахъ, какъ система римскаго права, бьютъ и нынѣ живые родники истинно цивилистической мысли.

Г. Ф. Шершеневичъ не былъ въ своихъ трудахъ и цивилистомъ-философомъ. Хотя въ послѣдніе годы своей жизни Габріель Феликсовичъ работалъ по вопросамъ общей теоріи права и издалъ свой трудъ «Общая теорія права», однако изъ своихъ цивилистическихъ работъ онъ настойчиво исключалъ отвлеченное направленіе. Габріель Феликсовичъ не только былъ далекъ отъ признанія идей естественнаго права, но и историко-философское направленіе, ставившее своей задачей, въ связи съ соціологіей, изученіе законовъ развитія гражданскаго права, не нашло отзвука въ трудахъ покойнаго. Не чуждаясь ни историко-сравнительнаго метода, ни данныхъ и выводовъ соціологіи, Габріель Феликсовичъ лишь пользовался этими методами для изученія дѣйствующаго права.

Г. Ф. Шершеневичъ — лучшій представитель практическо-догматическаго направленія въ русской наукѣ гражданскаго права. Онъ явился блестящимъ продолжателемъ работъ той плеяды русскихъ цивилистовъ, которые, вслѣдъ за изданіемъ судебныхъ уставовъ, обратились къ догматической разработкѣ дѣйствующаго права. Докторская диссертація Габріеля Феликсовича «Авторское право на литературныя произведенія» — прекрасная монографія всецѣло догматическаго направленія. Глава 2-я посвящена «юридической природѣ авторскаго права», глава 4-я — «субъекту авторскаго права», глава 6-я — «пріобрѣтенію и прекращенію авторскаго права», глава 7-я — «издательскому договору», глава 8-я — «нарушенію авторскаго права». Даже глава 1-я, посвященная блестяще написанному очерку — «Экономическое основаніе авторскаго права» и глава 3-я — «Исторія авторскаго права» имѣютъ лишь вспомогательное значеніе, предоставляя возможность автору обосновать положенія, подтверждающія правильность его догматическихъ выводовъ. Въ этомъ трудѣ вполнѣ вырисовываются блестящія черты таланта Габріеля Феликсовича. Господствующія въ наукѣ теоріи классифицированы съ чисто юридической красотой,

---

[1]) Наука гражданскаго права въ Россіи, стран. 242.

Digitized by Google

разборъ теорій проникнутъ тонкимъ, элегантнымъ анализомъ, на выдвинутые вопросы даны отвѣты опредѣленные и точные, лишенные какой-либо надуманности и искусственности; юридическія конструкціи не заволакиваютъ жизни, которая живымъ пульсомъ бьетъ на каждой страницѣ этой докторской диссертаціи. Самый выборъ темы — отвѣтъ на живой, незадолго передъ тѣмъ ярко выдвинувшійся предъ наукой гражданскаго права вопросъ.

Но сила догматическаго творчества была присуща Габріелю Феликсовичу болѣе чѣмъ кому-либо изъ его предшественниковъ или современниковъ. Габріеля Феликсовича влечетъ вся система гражданскаго права во всей ея совокупности. Уже черезъ три года послѣ своей докторской диссертаціи, въ 1891 году, Габріель Феликсовичъ выпускаетъ въ свѣтъ свой «Учебникъ русскаго гражданскаго права». Въ одномъ изъ своихъ трудовъ, опредѣляя задачи науки гражданскаго права, покойный писалъ: «здѣсь-то именно открывается широкая, благодарная задача для науки гражданскаго права, которая вовсе не должна посвятить себя комментированію законовъ, но, кромѣ правильнаго уясненія ихъ смысла на основаніи историческаго и систематическаго толкованія, она должна уяснить юридическую конструкцію каждаго института, указать его соціальную цѣль, педвергнуть критикѣ дѣйствующее законодательство и предложить взамѣнъ лучшій порядокъ»[1]). Эти поставленныя Габріелемъ Феликсовичемъ для юриста-догматика задачи выполнены имъ въ своемъ учебникѣ съ полнымъ мастерствомъ. Начиная съ 1891 года по 1912 годъ, т.-е. въ теченіе двадцати лѣтъ, учебникъ выдержалъ десять изданій, разошелся во многихъ тысячахъ экземпляровъ. Каждое новое изданіе — неусыпная работа Габріеля Феликсовича надъ русскимъ гражданскимъ правомъ. Въ теченіе 20 лѣтъ покойный стоялъ на стражѣ каждой вновь вышедшей книги и статьи, вновь изданныхъ и отмѣненныхъ законовъ, вновь появившихся разъясненій Правительствующаго Сената. Книги и статьи тщательно отмѣчались въ указаніи литературы, а въ нѣкоторыхъ случаяхъ и въ текстѣ; нормы новыхъ законовъ перерабатывались съ исчерпывающей полнотой; рѣшенія Сената подвергались уясненію, а часто столь необходимой критикѣ. Габріель Феликсовичъ не упускалъ изъ вида и научную работу западно-европейской мысли, а также законодательное творчество отдѣльныхъ государствъ Западной Европы. Новое германское уложеніе, уложеніе Швейцаріи нашли свое мѣсто въ послѣдующихъ изданіяхъ «Учебника» постольку, поскольку это было необходимо

[1]) Наука гражданскаго права въ Россіи, стран. 242.

Digitized by Google

для дѣйствительной научной разработки дѣйствующаго права. Русская цивилистика могла спокойно разрабатывать частные вопросы, ибо система гражданскаго права находилась въ надежныхъ рукахъ.

Раздавались голоса, недоумѣвавшіе, почему система русскаго гражданскаго права, созданная покойнымъ, имѣетъ столь исключительный успѣхъ. Нѣкоторые склонны были приписать это разнымъ случайнымъ моментамъ.

Причина — не въ случайныхъ моментахъ, но въ томъ, что Габріель Феликсовичъ былъ истиннымъ, исключительнымъ по силѣ догматикомъ.

Догматическая разработка гражданскаго права требуетъ прежде всего строгой систематики. У Габріеля Феликсовича систематика доведена до педантизма. Догматическая разработка требуетъ ясныхъ и опредѣленныхъ юридическихъ конструкцій отдѣльныхъ институтовъ. У Габріеля Феликсовича ясность и опредѣленность доведены до совершенства. Въ вопросахъ, отличающихся сложностью, Габріель Феликсовичъ обращается къ методу сравнительному, уясняя на разработкѣ европейскихъ правовыхъ системъ характерныя черты права русскаго. При изложеніи самобытныхъ явленій русскаго права Габріель Феликсовичъ устанавливаетъ историческія основы института. Встрѣчаясь съ явленіемъ экономически сложнымъ, Габріель Феликсовичъ даетъ необходимый экономическій очеркъ. Останавливаясь на институтахъ, имѣющихъ юридико-техническое значеніе, Габріель Феликсовичъ вскрываетъ ихъ соціальную цѣль. Устарѣлыя явленія дѣйствующаго права подвергаются спокойному, исключительно научному анализу. Въ результатѣ, не чуждаясь ни историческаго метода, ни метода сравнительнаго, ни выводовъ политической экономіи, ни идей политики права, Габріель Феликсовичъ остается вѣрнымъ основной задачѣ — догматическому изслѣдованію дѣйствующаго права. Вѣрность основной идеѣ, свидѣтельствуя объ исключительномъ догматическомъ талантѣ покойнаго, является той истинной причиной, которая выдвинула «Учебникъ гражданскаго права» на первое мѣсто въ русской литературѣ.

Перерабатывая неустанно дѣйствующее гражданское право, отдавшись такой же догматической разработкѣ русскаго торговаго права, обратившись къ переработкѣ «Общей теоріи права», Габріель Феликсовичъ вмѣстѣ съ тѣмъ посвятилъ рядъ статей отдѣльнымъ вопросамъ гражданскаго права. Его перу принадлежатъ статьи: «Къ вопросу о сущности гражданскаго права», «Къ вопросу о системѣ гражданскаго права», «Новый проектъ устава объ опекахъ

Digitized by Google

и попечительствахъ», «О послѣдствіяхъ безвѣстнаго отсутствія», «Примѣненіе нормъ права». Наконецъ, Габріелемъ Феликсовичемъ написана монографія, посвященная «Наукѣ гражданскаго права въ Россіи».

Особенно замѣчательна послѣдняя работа покойнаго. Въ «Наукѣ гражданскаго права въ Россіи», давъ подробный анализъ трудовъ своихъ предшественниковъ, проявивъ рѣдкій критическій талантъ, Габріель Феликсовичъ въ результатѣ съ свойственной ему опредѣленностью ставитъ вопросъ о господствующей розни между теоріей и практикой. Характеризуя работу нашихъ практиковъ, Габріель Феликсовичъ не жалѣетъ яркихъ красокъ. «Углубившись въ этотъ непроницаемый лѣсъ рѣшеній», пишетъ онъ, «практика не видитъ свѣта. Авторитетъ кассаціонныхъ рѣшеній отучилъ нашихъ практиковъ отъ самостоятельнаго мышленія, отъ собственнаго юридическаго анализа. Умъ облѣнился, и рука невольно тянется къ лежащему на столѣ Боровиковскому, какъ только передъ глазами дѣло, прямо не разрѣшенное закономъ»[1]).

Горькія слова, но ихъ горечь невольно смягчается тѣмъ, что они вышли изъ-подъ пера Габріеля Феликсовича. Трудясь надъ догмой права, покойный всю свою жизнь тѣмъ самымъ работалъ надъ сближеніемъ теоріи и практики.

Послѣ знаменитаго рѣшенія Правительствующаго Сената за 1891 г., № 62, въ которомъ Сенатъ поставилъ на видъ Палатѣ, что она въ отступленіе отъ общепринятаго правильнаго способа изложенія рѣшеній ссылается на «такъ называемую теорію права», Габріель Феликсовичъ еще при жизни своей имѣлъ возможность изъ рѣшенія Правительствующаго Сената за 1907 г., № 18, убѣдиться въ коренномъ измѣненіи взгляда Правительствующаго Сената, нынѣ ссылающагося въ подтвержденіе развиваемаго имъ взгляда на мнѣніе Г. Ф. Шершеневича.

Если, несомнѣнно, и нынѣ еще не заполнена рознь между теоріей и практикой, то камни заложены, и заслуга въ этомъ прежде всего принадлежитъ Габріелю Феликсовичу. Въ теченіе всей такъ неожиданно оборвавшейся жизни Габріель Феликсовичъ стоялъ на славномъ посту — часовымъ на стражѣ дѣйствующаго въ Россіи гражданскаго права. Нынѣ постъ свободенъ. Остается только надѣяться, что среди его учениковъ найдутся преемники на этомъ посту, и они поднимутъ знамя, которое съ такой настойчивостью несъ ихъ учитель.

Игорь Кистяковскій.

---

[1]) Наука гражданскаго права въ Россіи, стран. 236.

Digitized by Google

Профессоръ Г. Ф. Шершеневичъ, какъ коммерсіалистъ[1]).

Какъ бы ни были широки интересы Габріеля Феликсовича и значительны результаты его работъ въ различныхъ отрасляхъ правовѣдѣнія, все же главною областью его преподавательской и научной дѣятельности было торговое право. Наибольшее и наиболѣе прочное значеніе изъ его трудовъ сохранитъ «Курсъ торговаго права». Подобно тому, какъ «Чтенія» другого казанскаго профессора, Д. И. Мейера, были первымъ научнымъ изложеніемъ системы русскаго гражданскаго права, отъ которой приходится исходить и послѣдующимъ изслѣдователямъ, «Курсъ» проф. Шершеневича составляетъ первое научное, полное и систематическое изложеніе русскаго торговаго права, съ которымъ должны считаться не только его современники, но къ которому придется постоянно возвращаться и позднѣйшимъ коммерсіалистамъ, даже тогда, когда, вслѣдствіе развитія законодательства и судебной практики, «Курсъ» уже не будетъ отражать дѣйствующаго права.

Къ изученію торговаго права проф. Шершеневичъ подошелъ, какъ въ его время къ правовѣдѣнію подходило большинство русскихъ юристовъ. Въ періодъ школьнаго ученія онъ увлекался, главнымъ образомъ, политической экономіей и предполагалъ посвятить себя ея разработкѣ. Лишь незадолго до окончанія университетскаго курса онъ перешелъ къ изученію цивилистическихъ наукъ. Интересъ къ послѣднимъ возбудилъ у него, повидимому, его учитель — проф. А. М. Осиповъ. Однако вліяніе послѣдняго при опредѣленіи методовъ работы и общаго научнаго направленія не могло быть значительнымъ. Судя по немногочисленнымъ его работамъ, проф. Осиповъ былъ однимъ изъ послѣдователей чисто историческаго направленія: свою книгу онъ посвятилъ «Брачному праву

---

[1]) Рѣчь, произнесенная въ соединенномъ засѣданіи Московскаго Юридическаго Общества и Общества имени А. И. Чупрова, посвященномъ памяти Г. Ф. Шершеневича.

Digitized by Google

древняго Востока» и издалъ, кромѣ того, брошюру «Вексель въ его прошедшемъ и настоящемъ». Это направленіе почти совсѣмъ не отразилось на послѣдующихъ работахъ проф. Шершеневича. Въ первыхъ трудахъ ему пришлось самостоятельно вырабатывать свое отношеніе къ юридическому изслѣдованію, не опираясь, очевидно, на усвоенные въ школѣ методическіе пріемы. Общее же направленіе его трудовъ, напротивъ, было опредѣленно подсказано изученіемъ экономистовъ исторической школы, господствовавшей въ восьмидесятые годы. Безспорной заслугой главныхъ представителей послѣдней — Вагнера, Шмоллера, Рошера, а затѣмъ ряда участниковъ «Handbuch» Шенберга, было признаніе тѣсной связи между экономическими и юридическими отношеніями и стремленіе выяснить ихъ взаимодѣйствіе на почвѣ историческаго развитія общей культуры. Обратную сторону этого стремленія составляло отсутствіе у нихъ отчетливаго разграниченія въ пріемахъ изслѣдованія экономическихъ и юридическихъ явленій, съ одной стороны, и, съ другой, — исторической и догматической точки зрѣнія. Какъ достоинства, такъ и недостатки этого направленія оставили свой отпечатокъ на раннихъ трудахъ и проф. Шершеневича.

Первая работа — магистерская диссертація, была издана имъ въ 1888 году, когда ему только что исполнилось 25 лѣтъ. Она озаглавлена: «Система торговыхъ дѣйствій. Критика основныхъ понятій торговаго права»[1]).

Въ своей работѣ молодой авторъ разсматриваетъ основную, центральную съ точки зрѣнія того времени, проблему торговаго права — вопросъ о понятіи торговой сдѣлки, которая признавалась конститутивнымъ признакомъ торговаго права. Послѣ того какъ торговое право съ конца XVIII вѣка превратилось изъ сословнаго jus mercatorum въ безсословное jus mercaturae — кодексы и изслѣдователи пытались установить общіе признаки тѣхъ отношеній, которыя традиціонно подчинялись исторически сложившемуся комплексу нормъ торговаго права. При этомъ сначала стремились опредѣлить понятіе торговой сдѣлки по объективнымъ, такъ наз. абсолютнымъ признакамъ, независимо отъ свойствъ и положенія лица, ихъ совершавшаго; прежде всего, «объективно-торговою» сдѣлкою была признана покупка товара для перепродажи со спекулятивной цѣлью. Такъ ставилъ вопросъ главнымъ образомъ уже Code de

---

[1]) Терминъ «торговыя дѣйствія» правильнѣе термина «торговыя сдѣлки». Рядъ торговыхъ дѣйствій не является сдѣлками. Таковы, напр. открытіе отдѣленія торговаго предпріятія, переработка пріобрѣтеннаго товара, доставка заказаннаго товара и т. д. Почему проф. Шершеневичъ въ своемъ «Курсѣ» отказался отъ принятой имъ въ «Системѣ» терминологіи, онъ не указываетъ.

Digitized by Google

commerce. Затѣмъ, когда выяснилась невозможность руководствоваться исключительно объективными признаками, кругъ торговыхъ дѣйствій сталъ опредѣляться отчасти по признакамъ субъективнымъ, относительнымъ: рядъ сдѣлокъ признается торговыми въ томъ случаѣ, если онѣ совершаются въ видѣ промысла, и — напротивъ — общегражданскими, когда онѣ производятся въ отдѣльности. Эту точку зрѣнія выдвигало Общегерманское торговое уложеніе 1861 года, дѣйствовавшее еще, когда приступилъ къ разработкѣ вопроса проф. Шершеневичъ. Кодексы всѣхъ другихъ странъ примыкали къ одной изъ тѣхъ двухъ точекъ зрѣнія или комбинировали ихъ, не выдвигая какой-либо оригинальной постановки вопроса [1]). Изъ остальныхъ законодательствъ наибольшій интересъ представляло опредѣленіе торговыхъ сдѣлокъ въ итальянскомъ кодексѣ, расширившемъ кругъ таковыхъ.

Что же касается русскаго права, то, несмотря на вліяніе, оказанное на него французскимъ Кодексомъ Торговымъ, оно вообще не содержитъ сколько-нибудь ясныхъ указаній на систему торговыхъ дѣйствій. Не намѣтила какой-либо опредѣленной точки зрѣнія и наша судебная практика.

При такомъ положеній дѣла понятенъ пессимизмъ видныхъ коммерсіалистовъ, отчаивавшихся найти выходъ и намѣтить какой-либо одинъ общій признакъ торговыхъ дѣйствій [2]). Но трудность проблемы не остановила молодого изслѣдователя, и въ первой же своей работѣ онъ рѣшительно выдвинулъ ея принципіальное значеніе для торговаго права.

Авторъ начинаетъ свое изслѣдованіе съ подробнаго обзора ученія о торговлѣ, сложившагося въ экономической наукѣ. Этотъ пріемъ объясняется не только личнымъ интересомъ автора къ проблемамъ политической экономіи, но также общей многимъ русскимъ авторамъ тенденціей, подсказанной ихъ занятіями соціологіей и общественными науками вообще, — стремленіемъ уяснить связь права съ хозяйствомъ. Въ этомъ отношеніи авторъ почти не могъ опереться на примѣръ западно-европейскихъ юристовъ. Для юридическаго изслѣдованія эта черта является поэтому оригинальной. Напротивъ, представители исторической школы въ политической экономіи — прежде всего Вагнеръ и Шмоллеръ, опредѣленно ставили вопросъ о взаимодѣйствіи права и хозяйства [3]).

[1]) Англійское право стоитъ въ сторонѣ, такъ какъ вообще не проводитъ принципіальнаго различія между сдѣлками обще-гражданскими и торговыми.

[2]) Lyon-Caen et Renault. «Traité de droit commercial», 4-me édition, V. I, Paris, 1906 г., §§ 102—105. Того же мнѣнія авторы держались и во второмъ изданіи, вышедшемъ подъ заглавіемъ «Précis» въ 1879 г. Сравни Шершеневичъ, «Система торговыхъ дѣйствій», стран. 51.

[3]) См. «Система торговыхъ дѣйствій», стран. 48.

Digitized by Google

Правильно намѣчая потребность въ изслѣдованіи этой связи, они не могли, однако, прійти къ опредѣленнымъ, методически, правильно обоснованнымъ выводамъ: какъ уже было упомянуто, они недостаточно считались съ самостоятельностью пріемовъ изслѣдованія юридическихъ явленій. Этотъ недостатокъ въ ихъ методѣ не могъ не отразиться до извѣстной степени и на изслѣдованіи проф. Шершеневича[1]). Но и въ этомъ отношеніи необходимо отмѣтить, что онъ ближе всего примыкаетъ ко взглядамъ Лексиса[2]), отличавшагося уже тогда наибольшею ясностью и отчетливостью своихъ методическихъ пріемовъ, и что онъ отграничиваетъ область права отъ области хозяйства опредѣленнѣе[3]), чѣмъ то дѣлало большинство русскихъ юристовъ, сторонниковъ соціологическаго направленія въ юриспруденціи. Въ этомъ отношеніи на него оказалъ, повидимому, извѣстное вліяніе Пахманъ, едва ли не одинъ отстаивавшій тогда самостоятельность юридическаго, догматическаго метода[4]). Но гораздо больше, чѣмъ какими-либо теоретическими соображеніями, сознаніе самостоятельности правовѣдѣнія было подсказано проф. Шершеневичу всѣмъ складомъ его ума, явно тяготѣвшимъ къ догматическому, синтетическому изложенію[5]), а также, несомнѣнно, сквозящимъ уже въ первомъ его трудѣ, несмотря на молодость автора, пониманіемъ практическихъ потребностей жизни.

Все это отразилось и на отношеніи автора къ исторической части его труда. Автора интересуетъ не столько самый ходъ развитія институтовъ торговаго права и, пожалуй даже, не измѣненія въ ихъ строѣ, наступавшія подъ вліяніемъ перемѣнъ въ хозяйственныхъ отношеніяхъ, сколько вопросъ о томъ, выясняется ли на почвѣ историческихъ основаній какой либо общій, раціональный признакъ торговыхъ дѣйствій.

Центромъ вниманія автора является дѣйствующее законодательство, главнымъ образомъ, французское и германское. Кладя въ основаніе своего изложенія, съ одной стороны, трудъ Lyon Caen и Renault, а съ другой — сборникъ, изданный Эндеманомъ, подъ названіемъ «Handbuch des Handelsrechts», авторъ провѣряетъ и пополняетъ свои выводы тщательнымъ обзоромъ законодательнаго матеріала и всей той литературой, которая была доступна ему при

[1]) См. «Система», стран. 54, абз. 2-й.
[2]) См. статью L e x i s въ Schönberg-Handbuch der politischen Oekonomie, томъ I.
[3]) «Система», стран. 48 и 93.
[4]) «Система», стран. 49.
[5]) Склонность къ догматическому изложенію сказалась уже въ самомъ заглавіи изслѣдованія: авторъ не только ищетъ основной признакъ торговыхъ сдѣлокъ, но и стремится установить стройную ихъ с и с т е м у.

Digitized by Google

разработкѣ «Системы»[1]). Онъ подвергаетъ постановленія западно-европейскаго законодательства и результаты научной работы рѣшительной, всегда принципіальной критикѣ, высказывая много остроумія при разборѣ аргументаціи отдѣльныхъ коммерсіалистовъ. Выводы, къ которымъ онъ приходитъ, неутѣшительны. Онъ наглядно выясняетъ непослѣдовательность и неясность всѣхъ попытокъ установить опредѣленный критерій торговаго дѣйствія. Эта невозможность представляется ему даже вполнѣ неизбѣжной; единственный выходъ онъ видитъ въ полномъ упраздненіи торговаго права, какъ самостоятельной отрасли, и въ сліяніи его съ правомъ гражданскимъ. Весьма вѣскимъ аргументомъ въ пользу практической осуществимости такой постановки дѣла служило для него изданіе въ 1881 году Швейцарскаго обязательственнаго права, гдѣ въ одномъ кодексѣ были объединены постановленія общегражданскаго обязательственнаго права съ значительною частью нормъ торговаго права. Въ то время еще не выяснилось, что это внѣшнее объединеніе, въ сущности, не повлекло за собой объединенія внутренняго. Сохранившаяся двойственность вскрылась, главнымъ образомъ, при недавнемъ, въ 1910 году, пересмотрѣ Швейцарскаго обязательственнаго права, которое по принципіальнымъ соображеніямъ (необходимости, напр., международныхъ соглашеній по вексельному праву), не затронуло той его части, которая посвящена торговому праву. Несмотря, затѣмъ, на частичное объединеніе законодательства, сохранилась также необходимость въ самостоятельномъ научномъ изложеніи Швейцарскаго торговаго права[2]). Наконецъ, — и это было очевидно съ перваго момента, — въ «Обязательственное право» все же не вошелъ и не могъ войти рядъ существенныхъ нормъ торговаго права, напр., постановленія о товарныхъ знакахъ, о правѣ на фабричные рисунки и модели и т. п.[3]).

Самою трудною задачею автора «Системы» было, конечно, изслѣдованіе русскаго торговаго права. Въ этой области у него, въ сущности, не было предшественниковъ. Статья Деппа «О торговыхъ судахъ» (Журналъ гражд. права, 1872, іюнь) разсматривала вопросъ о торговыхъ дѣйствіяхъ съ процессуальной точки зрѣ-

---

[1]) При подготовкѣ своего перваго труда молодому автору не пришлось работать въ западно-европейскихъ библіотекахъ или пользоваться руководствомъ опытнаго коммерсіалиста. Это послѣднее обстоятельство безспорно свидѣтельствуетъ о полной оригинальности взглядовъ автора въ тѣхъ вопросахъ, въ которыхъ онъ отклоняется отъ мнѣній, высказанныхъ въ литературѣ.

[2]) Ср. A. Curti. Schweizerisches Handelsrecht, 2 Aufl., Zürich, 1909.

[3]) Мысль объ объединеніи обязательственнаго и торговаго права могла возникнуть въ Швейцаріи еще потому, что, въ силу своего географическаго положенія, она не нуждается въ морскомъ правѣ.

Digitized by Google

нія[1]). «Лекціи по торговому праву», изданныя Цитовичемъ въ 1873—1875 гг., очень бѣгло касались этого вопроса, какъ и его «Очеркъ основныхъ понятій торговаго права» (Кіевъ, 1886). Эти работы Цитовича содержали нѣсколько остроумныхъ замѣчаній по данному вопросу, но не болѣе. Съ русской судебной практикой этотъ авторъ совершенно не считался. Наконецъ, изложеніе вопроса въ «Русскомъ торговомъ правѣ» Башилова было цѣнно благодаря хорошему знакомству автора съ судебной практикой; но оно было почти лишено теоретическаго освѣщенія.

По сравненію со всѣми этими работами освѣщеніе въ «Системѣ» проф. Шершеневича положеній русскаго права о торговыхъ дѣйствіяхъ должно быть, несомнѣнно, признано первою попыткою научнаго изученія вопроса. Въ ней использованъ весь законодательный матеріалъ; въ виду скудости цивильныхъ нормъ, авторъ привлекаетъ къ обоснованію своихъ взглядовъ также фискальныя постановленія — Положеніе о пошлинахъ за право торговли 1865 года[2]). Затѣмъ и судебная практика приводится съ большей даже полнотой, чѣмъ у Башилова. Если при всемъ томъ автору не удается прійти къ вполнѣ яснымъ и безспорнымъ выводамъ, то это приходится признать неизбѣжнымъ послѣдствіемъ характера законодательныхъ постановленій въ этой области и полной несогласованностью началъ, положенныхъ въ основаніе различныхъ нормъ. Уставъ Торг., включавшій тогда также нормы торговаго процесса, слѣдовалъ французскимъ образцамъ и выдвигалъ объективную точку зрѣнія на торговыя дѣйствія. Фискальное законодательство 1865 года, находившееся уже подъ нѣмецкимъ вліяніемъ, присоединяло признакъ субъективный, относительный — производство извѣстныхъ дѣйствій въ видѣ постояннаго промысла. Поэтому и въ русскомъ правѣ автору «Системы» не удалось установить какого-либо единаго критерія для понятія торговаго дѣйствія. Но и тутъ это обстоятельство, вопреки его мнѣнію, не должно было служить основаніемъ къ принципіальному отрицанію самостоятельности торговаго права въ его теоретическомъ построеніи. Не отдавая себѣ въ томъ вполнѣ яснаго отчета, авторъ, какъ мы увидимъ ниже, самъ же впослѣдствіи, въ 4-мъ изданіи своего «Курса»,

---

[1]) Еще раньше бѣгло коснулся этого вопроса въ своихъ лекціяхъ, изданныхъ подъ заглавіемъ «Торговое право» (С.-Пб., 1857 г.), Михайловъ. Но этой книгой проф. Шершеневичъ, повидимому, не пользовался.

[2]) Автору приходилось пользоваться XI томомъ еще въ изданіи 1857 г., такъ какъ изданіе Уст. торг. 1887 г., въ которомъ впервые были отдѣлены статьи цивильнаго характера отъ статей исключительно публично-правовыхъ, вышло одновременно съ «Системою».

Digitized by Google

установилъ признакъ, по которому торговое право можетъ быть отграничено отъ гражданскаго.

Кромѣ «Системы» проф. Шершеневичъ не издалъ другихъ монографій по торговому праву; но онъ напечаталъ рядъ статей по вопросамъ торговаго права, изъ которыхъ необходимо отмѣтить слѣдующія: «О правѣ замужней женщины на производство торговли»[1]), «О юридической силѣ уставовъ акціонерныхъ товариществъ»[2]), «Нѣсколько словъ о коммерческихъ судахъ»[3]), наконецъ — «Вопросы торговаго права въ проектѣ гражданскаго уложенія»[4]).

Состоя дѣятельнымъ членомъ Казанскаго юридическаго общества, а затѣмъ и предсѣдателемъ его, проф. Шершеневичъ сдѣлалъ въ немъ нѣсколько докладовъ, на ряду съ другими, также изъ области торговаго права. Первый изъ нихъ былъ посвященъ измѣненіямъ, произведеннымъ изданіемъ 1887 года въ т. X ч. 1 и въ т. XI ч. 2 Свода Законовъ[5]). Онъ свидѣтельствуетъ, между прочимъ, о томъ, что проф. Шершеневичъ внимательно слѣдилъ за измѣненіями въ нашемъ законодательствѣ, производившимися въ кодификаціонномъ порядкѣ[6]). Затѣмъ онъ ставилъ на обсужденіе вопросъ о чекахъ (1888) и объ отвѣтственности желѣзныхъ дорогъ за срочность доставки грузовъ (1899)[7]).

Профессоръ Шершеневичъ напечаталъ также нѣсколько рецензій на работы другихъ коммерсіалистовъ (Башилова и Цитовича) и далъ оцѣнку трудамъ наиболѣе видныхъ изъ нихъ въ своей книгѣ «Наука гражданскаго права въ Россіи» (1893). Критическія замѣчанія его обнаруживаютъ большую мѣткость сужденій и, при нѣкоторой рѣзкости штриховъ, полное, рѣдкое у русскаго критика, безпристрастіе автора.

Какъ уже было упомянуто, проф. Шершеневичъ рѣшительно тяготѣлъ къ систематическому изложенію интересовавшихъ его

---

[1]) «Журн. Гр. и Уг. Пр.», 1888 г., кн. 7-ая.
[2]) Тамъ же, 1889 г., кн. 3-ья.
[3]) «Журналъ Мин. Юст.», 1894—1895 г., кн. 4-ая.
[4]) «Право», 1899 г., стран. 1899 сл.
[5]) Протоколы засѣданій Казанскаго Юридическаго Общества за 1888 г.
[6]) Если впослѣдствіи въ нѣкоторыхъ изданіяхъ учебниковъ проф. Шершеневича встрѣчаются неточности въ ссылкахъ на Св. Зак., то это объясняется чаще всего тѣмъ, что, при необходимости спѣшнаго переиздания ихъ, автору не всегда удавалось исправить ссылки по нумераціи новыхъ изданій отдѣльныхъ частей Св. Зак. Послѣднія измѣняютъ нумерацію статей такъ часто и такъ произвольно, что едва ли можно указать автора курса, у котораго не встрѣчались бы подобныя ошибки, не исключая и тѣхъ, которые упрекали въ этомъ проф. Шершеневича. Въ послѣднемъ изданіи своихъ книгъ профессоръ Шершеневичъ почти совсѣмъ устранилъ этотъ недостатокъ прежнихъ изданій.
[7]) См. «Протоколы засѣданій Каз. Юрид. Общ.», Казань, 1900 г.

Digitized by Google

вопросовъ; его привлекала больше всего работа надъ возведеніемъ возможно стройнаго, законченнаго зданія. Немедленно по окончаніи своей первой монографіи онъ взялся за изданіе «Курса торговаго права», первый выпускъ котораго вышелъ въ томъ же 1888 г. Въ первомъ изданіи «Курсъ» являлся изданіемъ лекцій обычнаго типа и долженъ былъ служить пособіемъ для студентовъ. Но авторъ неутомимо продолжалъ трудиться надъ нимъ. Послѣдующія изданія «Курса» заново перерабатывались имъ, быстро разрастались въ своемъ объемѣ и постепенно углубляли изложеніе[1]).

Одновременно съ «Курсомъ», излагавшимъ матеріальное торговое право, проф. Шершеневичъ взялся за разработку конкурснаго права, которое до него было обслѣдовано только съ исторической точки зрѣнія[2]).

Профессоръ Шершеневичъ далъ, напротивъ, полное догматическое изложеніе конкурснаго права; онъ освѣщалъ спорные вопросы въ этой области, особенно дурно поставленной въ русскомъ правѣ, привлеченіемъ обширныхъ матеріаловъ по сравнительному законодательству. Первое изданіе его книги носило названіе «Ученіе о несостоятельности» (Казань, 1890), а второе — «Конкурсное право» (Казань, 1898).

Съ 1908 года, послѣ того какъ онъ переработалъ его для своихъ чтеній въ Московскомъ университетѣ, проф. Шершеневичъ приступилъ къ выпуску четвертаго изданія «Курса», въ которомъ онъ объединилъ какъ матеріальное, такъ и процессуальное торговое право; въ частности конкурсное право вошло теперь въ IV томъ курса.

«Курсъ торговаго права» въ своей окончательной четырехтомной редакціи, вышедшій съ 1908—1912 гг., не только представляетъ собою какъ бы совершенно новый трудъ, но является вмѣстѣ съ тѣмъ самымъ крупнымъ и наиболѣе цѣннымъ вкладомъ проф. Шершеневича въ науку русскаго торговаго права.

При сопоставленіи послѣдняго изданія «Курса» съ «Системою» необыкновенно ярко выясняется неустанная работа автора и, вмѣстѣ съ тѣмъ, принципіальная эволюція его взглядовъ на основныя проблемы торговаго права. Какъ и въ первой своей работѣ, онъ продолжаетъ живо интересоваться хозяйственной стороной возникающихъ въ его области проблемъ. Но въ своихъ экономическихъ взглядахъ онъ уже не примыкаетъ такъ тѣсно, какъ раньше,

---

[1]) 2-е изданіе «Курса» вышло въ Казани въ 1892 г., 3-е — въ 1899 г.

[2]) К. Малышевъ, Историческій обзоръ конкурснаго процесса, С.-Пб., 1871 и А. Гольмстенъ, Историческій очеркъ русскаго конкурснаго процесса, С.-Пб., 1888 г.

Digitized by Google

къ представителямъ историческаго направленія въ политической экономіи. Изъ числа авторовъ, оказавшихъ вліяніе на построеніе «Системы», онъ считается еще со взглядами Лексиса и Брентано; но теперь онъ чаще всего примыкаетъ къ точкѣ зрѣнія Зомбарта, талантливаго истолкователя и отчасти апологета современнаго капиталистическаго строя. При этомъ нѣкоторыя крайности въ ученіи Зомбарта, несомнѣнно переоцѣнивающаго роль капитализма, значительно смягчаются въ изложеніи проф. Шершеневича, такъ какъ онъ разсматриваетъ почти только такія стороны современнаго быта, которыя дѣйствительно перестраиваются цѣликомъ на началахъ чисто-капиталистическаго хозяйства. Большая ясность методическихъ пріемовъ Зомбарта помогла и проф. Шершеневичу болѣе отчетливо раздѣлить точку зрѣнія экономиста и юриста. Теперь смѣшенія ихъ уже не замѣчается при изложеніи отдѣльныхъ конкретныхъ проблемъ, хотя и чувствуется тамъ, гдѣ онъ обсуждаетъ задачи и общія основы торговаго права. Затѣмъ проф. Шершеневичъ разграничиваетъ теперь вполнѣ отчетливо историческое и догматическое изученіе права. Такъ, по поводу предложенія проф. Удинцева выяснить путемъ историческаго изслѣдованія основные признаки торговой сдѣлки, онъ замѣчаетъ, что «самое совершенное знаніе историческаго наслоенія не въ состояніи служить догматическимъ руководствомъ при опредѣленіи, какія же сдѣлки — торговыя по русскому законодательству»[1]).

Принципіальная точка зрѣнія, на которую сталъ проф. Шершеневичъ въ послѣднемъ изданіи «Курса», формулирована имъ слѣдующимъ образомъ:

«При полномъ несоотвѣтствіи экономической и юридической точекъ зрѣнія на торговлю, необходимо обратить вниманіе не на то, *что* дѣлается въ той области, которая очерчена закономъ въ качествѣ торговой, а *какъ дѣлается*. Съ законодательной точки зрѣнія существенна не та экономическая функція, которую приняло на себя данное хозяйство, а его организація. *То, что объединяетъ всѣ отношенія, включаемыя законодательствами въ область, подчиненную торговому праву — это капиталистическая организація хозяйства*. Отличительный признакъ капиталистическаго хозяйства слѣдуетъ видѣть въ томъ, что оно имѣетъ своею цѣлью, и соотвѣтственно тому, разсчитано не на доставленіе средствъ существованія, а на доставленіе прибыли, какъ таковой. Хозяйства, организованныя на новыхъ нача-

[1]) «Курсъ», т. I. стран. 88, прим.

Digitized by Google

лахъ, требовали и особой юридической нормировки. И какъ только какая-либо отрасль народнаго хозяйства становилась на капиталистическую ногу, такъ тотчасъ же проявляла желаніе быть подчиненной торговому уставу. Слѣдуя этому теченію, законодатели все болѣе и болѣе расширяли и продолжаютъ расширять область примѣненія торговаго права»[1]).

Въ этихъ словахъ сказывается ясное сознаніе авторомъ двухъ основныхъ положеній: во-первыхъ, что необходимо руководствоваться при отграниченіи области торговаго права формальными признаками, притомъ такими, которые характеризуютъ не отдѣльныя дѣйствія или сдѣлки, а хозяйствующаго субъекта, ихъ совершающаго; во-вторыхъ,—что торговое право должно распространять свое дѣйствіе только на тѣ виды промысловой дѣятельности, которые уже усвоили капиталистическую организацію, т.-е. что полное сліяніе торговаго и гражданскаго права пока еще, по меньшей мѣрѣ, преждевременно.

Необходимость перестроить все ученіе о торговомъ правѣ на почвѣ новыхъ, формальныхъ критеріевъ его проф. Шершеневичъ выяснилъ едва ли не первый изъ коммерсіалистовъ. Другіе представители торговаго права въ Россіи въ своихъ трудахъ вообще не ставятъ этого наиболѣе общаго, основного вопроса. Но и видные западно-европейскіе коммерсіалисты не отдаютъ себѣ яснаго отчета въ этой необходимости, несмотря на то, что процессъ перестройки торговаго права въ такомъ именно направленіи уже опредѣленно сказался въ законодательствѣ ряда странъ. Во Франціи закономъ 1 августа 1893 года признано, что всѣ акціонерныя общества подчиняются нормамъ торговаго права независимо отъ той цѣли, которую они преслѣдуютъ[2]). Постановленія этого закона относятся также къ обществамъ съ перемѣннымъ капиталомъ, построеннымъ въ формѣ акціонернаго общества[3]). Законъ 5 ноября 1894 года установилъ аналогичное положеніе для сельскохозяйственныхъ кредитныхъ товариществъ, хотя бы ихъ операціи не выходили за предѣлы круга ихъ членовъ[4]).

---

[1]) «Курсъ», т. I, стран. 11. Курсивъ нашъ.

[2]) Loi du 24 juillet 1867, art. 68 (Ajouté par la loi du 1-er août 1893, art. 6) «Quel que soit leur objet, les sociétés en commandite ou anonymes qui seront constituées dans les formes du Code de commerce ou de la présente loi seront commerciales et soumises aux lois et usages du commerce».

[3]) Lyon-Caen et Renault, Traité de droit commercial, 4-me édition, II, 2 (1909), § 1086.

[4]) Loi du 5 novembre 1894, relative à la création de sociétés de crédit agricole, art. 4 «Les sociétés de crédit autorisées par la présente loi sont des sociétés commerciales, dont les livres doivent être tenus conformément aux prescriptions du Code de commerce».

Digitized by Google

Германское право вступило на этотъ путь еще раньше и пошло по нему еще дальше. Уже закономъ 1868 года купцами по формальному признаку объявлены всѣ кооперативныя товарищества[1]), а съ 1870 года — также всѣ акціонерныя общества[2]). Въ 1892 году то же начало распространено на товарищества съ ограниченной отвѣтственностью[3]) и въ 1901 году — на общества взаимнаго страхованія[4]).

Эти частныя постановленія особенно характерны потому, что они касаются такихъ предпріятій, которыя, какъ кооперативныя товарищества и общества взаимнаго страхованія, принципіально исключаютъ стремленіе къ доставленію прибыли отдѣльнымъ участникамъ ихъ. Подчиненіе ихъ нормамъ торговаго права, очевидно, оправдывается исключительно **формою ихъ организаціи**.

Наконецъ, новая редакція Германскаго торговаго уложенія 1897 года обобщила этотъ формальный принципъ въ стт. 2 и 3, создавшихъ новую общую категорію Formkaufleute — купцовъ по формальному признаку.

Значеніе этой эволюціи, характеризующей тенденціи современнаго торговаго законодательства, учтено проф. Шершеневичемъ едва ли не отчетливѣе даже, чѣмъ германскими коммерсіалистами[5]). Правда, авторъ «Курса» не успѣлъ послѣдовательно провести свою новую точку зрѣнія при изложеніи отдѣльныхъ институтовъ;

---

[1]) Это начало воспроизводитъ ст. 17 дѣйствующаго нынѣ закона о кооперативныхъ товариществахъ 1 мая 1889 г. «Genossenschaften gelten als Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs, soweit dieses Gesetz keine abweichenden Vorschriften enthält».

[2]) Нынѣ ср. ст. 210 Герм. торг. улож. «Die Aktiengesellschaft gilt als Handelgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht».

[3]) Ст. 13 зак. 20 апр. 1892 г., создавшаго новый типъ — Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

[4]) Ст. 16 зак. 12 мая 1901 г. — Reichsgesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen. Относительно неудачной формулировки статьи см. комментарій къ этому закону Manes-Hagen, 2-е изд. 1909 г.

[5]) Правильную и послѣдовательно проведенную оцѣнку формальнаго принципа, какъ главнаго признака понятія купца, мы находимъ лишь въ небольшемъ, но весьма интересномъ этюдѣ «Ueber einige Grundbegriffe des Handelsrechts», который проф. M. Wolff помѣстилъ въ Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für Otto Gierke, 1910 г. Вольфъ приходитъ къ правильному заключенію, что «das Unternehmen des Formkaufmanns ist Handelsgewerbe» (s. 21). Такимъ образомъ не характеръ сдѣлокъ придаетъ свойство купца ихъ субъекту, а формальные признаки субъекта придаютъ его предпріятію характеръ торговаго промысла. Въ русской литературѣ Вольфу слѣдуетъ Краснокутскій («Вопросы права», 1912 г., кн. 3-ья, стран. 155). Затрогиваетъ вопросъ и Каминка въ своихъ «Очеркахъ торговаго права» (изд. 2-е, 1912 г., стран. 98); но онъ продолжаетъ стоять на точкѣ зрѣнія Code de commerce начала XIX вѣка и смѣшиваетъ формальную точку зрѣнія съ сословной; правильныя же по существу указанія проф. Шершеневича по данному вопросу онъ отвергаетъ, не приводя доказательствъ.

Digitized by Google

это неизбѣжное послѣдствіе тѣхъ почти непреодолимыхъ трудностей, которыя вырастаютъ предъ авторомъ цѣлаго курса при современномъ положеніи литературы по отдѣльнымъ вопросамъ и, въ особенности, при скудости и отсталости постановленій по данному вопросу въ нашемъ законодательствѣ.

Несмотря на нѣкоторую двойственность въ построеніи системы торговаго права, обусловленную такой невыдержанностью основной точки зрѣнія, отдѣльныя части «Курса» отличаются характерными достоинствами изложенія проф. Шершеневича — послѣдовательностью въ примѣненіи догматическаго метода, ясностью и полнотою изложенія какъ законодательнаго матеріала, такъ и взглядовъ, высказанныхъ въ литературѣ. Кромѣ того, теперь всюду сказывается знаніе жизни и большое практическое чутье; авторъ не ограничивается логическимъ анализомъ положеній, но и оцѣниваетъ эти послѣднія какъ съ точки зрѣнія техническихъ требованій юриспруденціи, такъ и съ точки зрѣнія ихъ соотвѣтствія требованіямъ справедливости и современнымъ бытовымъ условіямъ; особенно наглядно это выступаетъ въ главахъ, посвященныхъ положенію торговыхъ служащихъ, судьбою которыхъ онъ особенно живо интересовался. Этотъ вопросъ былъ подробно разработанъ имъ и съ точки зрѣнія законодательной. Отдѣльныя части «Курса» представляютъ, наконецъ, какъ бы цѣлыя монографіи, иногда обширныя и вполнѣ новыя для русской литературы,— какъ, напр., юридическое ученіе о страхованіи. Въ результатѣ «Курсъ» является не только первой, но и понынѣ единственной научной системой русскаго торговаго права, равномѣрно освѣщающей всѣ стороны этой, довольно пестрой по своему составу, отрасли законодательства. Неудивительно поэтому, что «Курсъ» пріобрѣлъ исключительный по русскимъ условіямъ авторитетъ не только въ школѣ, но и въ жизни, не только у практическихъ дѣятелей, но и въ судѣ: «Курсъ» проф. Шершеневича — одинъ изъ очень немногихъ литературныхъ трудовъ, на которые мы находимъ ссылки въ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената.

Кромѣ «Курса» проф. Шершеневичъ съ 1899 года сталъ издавать еще «Учебникъ торговаго права», послѣднее, шестое изданіе котораго вышло въ 1912 году. Это небольшое пособіе пожалуй, даже превосходитъ «Курсъ» по своимъ педагогическимъ достоинствамъ. Особенно слѣдуетъ отмѣтить удачное использованіе въ немъ примѣровъ изъ судебной практики, которые, при всей своей краткости, едва ли не лучше уясняютъ вопросъ начинающему юристу, чѣмъ болѣе пространное изложеніе ихъ въ «Курсѣ»; сверхъ того, эти примѣры превосходно освѣщаютъ житейскую сторону юридиче-

Digitized by Google

скихъ отношеній. Мы, не колеблясь, можемъ поэтому назвать «Учебникъ» образцовымъ учебнымъ пособіемъ.

Таковы богатые результаты сравнительно непродолжительной научной дѣятельности Габріеля Феликсовича Шершеневича. Яркимъ доказательствомъ безвременности его кончины, пресѣкшей его неустанную до послѣдняго дня научную работу, можетъ служить тотъ фактъ, что почти всѣ западно-европейскіе ученые, уже пользовавшіеся крупнымъ авторитетомъ, когда онъ приступалъ къ разработкѣ перваго своего труда, и которые тогда оказали на него свое вліяніе, — Вагнеръ, Шмоллеръ, Лексисъ, затѣмъ Lyon-Caen и Renault, пережили его, и продолжаютъ свою литературную дѣятельность и послѣ него. Очевидно, что ни исключительныя дарованія, ни желѣзная энергія не могутъ замѣнить долгихъ лѣтъ научной работы. При сравнительной оцѣнкѣ трудовъ его, какъ научнаго дѣятеля, мы должны поэтому принять во вниманіе и это обстоятельство, и мы въ правѣ сказать, что въ общемъ итогѣ работа Габріеля Феликсовича не уступаетъ работѣ наиболѣе видныхъ западно-европейскихъ коммерсіалистовъ.

А. Вормсъ.

Digitized by Google

Digitized by Google

Юридическое Обозрѣніе.

Обзоръ судебной практики по примѣненію стт. 1—2 Уст. Гражд. Судопроизводства.

Спорный вопросъ о разграниченіи власти судебной отъ административной разрѣшается Сенатомъ на основѣ слѣдующихъ принциповъ. 1. Подсудность дѣлъ суду или администраціи зависитъ отъ того значенія, которое, въ данномъ случаѣ, занимаетъ казенное или общественное учрежденіе. Когда должностныя лица являются защитниками интересовъ казны по имуществамъ, которыми она владѣетъ на одинаковыхъ со всѣми другими лицами и учрежденіями основаніяхъ, обязанности ихъ въ отношеніи къ наблюденію этихъ интересовъ казны не соединены съ какою-либо властью въ отношеніи къ частнымъ лицамъ и ограничиваются лишь представительствомъ казны на правахъ уполномоченныхъ при сношеніяхъ съ частными лицами и учрежденіями, тогда дѣла, возникающія изъ этого рода дѣятельности, подсудны суду. Но если казенное или общественное учрежденіе дѣйствуетъ, какъ власть, въ предѣлахъ функцій, ему предоставленныхъ по управленію государственными или общественными дѣлами, то споры этого рода, возникающіе между казенными учрежденіями и частными лицами по поводу сдѣланныхъ симъ учрежденіемъ распоряженій или какихъ-либо дѣйствій, направленныхъ къ осуществленію предоставленной ему власти, подлежатъ вѣдѣнію административныхъ учрежденій (К.Р.1875/276.490; 1905/14; 1907/58; Общ. С. 1902/34, 1904/21, 1906/23, 1907/36).

2. Гражданскимъ правомъ можетъ быть названо всякое право, каждому въ особенности при-

Digitized by Google

надлежащее, или «принадлежащее лично тому лицу, которое его отыскиваетъ» (1878/162, 1886/32). Гражданскій судъ не призванъ къ охраненію правъ публичныхъ, до тѣхъ поръ, пока публичное отношеніе не превратилось въ гражданское (1906/63). Посему, охраненіе права участія общаго не можетъ быть объектомъ гражданскаго спора (1886/9).

3. Приводимыя въ исполненіе въ безспорномъ порядкѣ требованія административныхъ мѣстъ подлежатъ вѣдѣнію судебныхъ установленій, когда въ основѣ ихъ требованія положено договорное начало (Общ. Соб. 1903/34, 1904/21, 1906/23; К. Р. 1905/75).

4. Всякій споръ о правѣ гражданскомъ можетъ быть разрѣшенъ обязательно для спорящихъ лицъ только судомъ, а не правительственнымъ учрежденіемъ (1870/813, 1871/853). Постановленія подчиненныхъ Правительствующему Сенату административныхъ учрежденій не обладаютъ матеріальной законной силою, т.-е. они не обязательны для суда гражданскаго (1876/147, 1871/853, 1870/1101 и др.).

Такова твердая практика Сената по примѣненію ст. 1 У. Г. С.[1]). Центральный вопросъ, поднимаемый содержаніемъ ст. 1 У. Г. С., о сущности и опредѣленіи понятія «безспорныхъ требованій», подлежащихъ вѣдѣнію административныхъ установленій, Сенатомъ разрѣшается, какъ мы видимъ (см. тезисъ 1), по признаку власти, коему противополагается признакъ представительства казны по имуществу. Критическую оцѣку этого воззрѣнія мы считаемъ болѣе умѣстной, въ связи съ изложеніемъ практики, по примѣненію ст. 2 (см. ниже). Теперь же разсмотримъ, насколько состоятельны прочія положенія, формулированныя нами выше.

И прежде всего обратимся къ опредѣленію гражданскаго права. Сенатъ настаиваетъ на томъ, что гражданскимъ правомъ можетъ быть названо всякое право, каждому въ особенности принадлежащее, т.-е. принадлежащее лично тому лицу, которое его отыскиваетъ (см. выше, тезисъ 2).

Опредѣленіе Сенатомъ гражданскаго права подлежитъ критикѣ, ибо и въ публичномъ правѣ могутъ быть такія требованія,

[1]) Ст. 1 У. Г. С.: Всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію судебныхъ установленій. Примѣчаніе. Такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ, коимъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, не допускающихъ возраженій въ состязательномъ порядкѣ, подлежатъ вѣдѣнію правительственныхъ, а не судебныхъ установленій.

Digitized by Google

которыя принадлежатъ «лично тому лицу» (напр. возвратъ излишне уплаченнаго налога), и гражданскія права могутъ быть таковыми, что они принадлежатъ не только лично данному лицу, но и неопредѣленному кругу лицъ. Въ самомъ дѣлѣ, многія безспорно гражданскія права основаны на общихъ законоположеніяхъ, предоставляющихъ всѣмъ и каждому черпать изъ нихъ свои правомочія. Укажемъ, напримѣръ, на ст. 674 т. X ч. I, дающую право искать убытки съ берегового владѣльца, загораживающаго рѣчныя пути сообщенія, и прим. 3 къ ст. 359 Уст. Пут. Сообщ., признающее всякую рѣку открытою для общаго пользованія, коль скоро она въ естественномъ своемъ состояніи пригодна для производства по ней судоходства, сплава или гонки лѣса и дровъ. Навряд ли возможно отрицать здѣсь наличность гражданскаго права у управомоченныхъ по ст. 674 т. X ч. 1 субъектовъ.

Вотъ почему, гражданскія права могутъ быть таковыми, что они принадлежатъ не только лично данному лицу, но и цѣлому сословію. Съ этой точки зрѣнія, выводъ Сената по дѣлу Арцыбашевой съ Дворянскимъ земельнымъ банкомъ (1906/63), невѣренъ. Сенатъ высказалъ: «создаваемое Уставомъ Дворянскаго земельнаго банка право лицъ дворянскаго сословія получать ссуды изъ банка при наличности указанныхъ въ уставѣ условій... не есть право, принадлежащее кому-либо въ особенности; оно даровано цѣлому сословію. Для того, чтобы это право стало правомъ гражданскимъ, необходимо, чтобы публичное право всего потомственнаго дворянства обратилось въ право, принадлежащее извѣстному опредѣленному потомственному дворянину». У заемщика будетъ въ отношеніе Банка особое, ему лично принадлежащее право, лишь тогда, когда договоръ займа заключенъ и ссуда выдана.

Съ этимъ заключеніемъ согласиться нельзя. Вѣдь, просьба о ссудѣ подъ залогъ имѣнія изъ Дворянскаго банка по существу ничѣмъ не отличается отъ изъявленія желанія вступить въ договоръ займа съ частнымъ банкомъ, т.-е. отъ чисто-гражданскихъ правоотношеній.

Въ тѣсной связи съ воззрѣніемъ Сената на сущность гражданскаго права, какъ права «лично» и «особенно» данному субъекту принадлежащаго стоитъ устраненіе имъ дѣлъ по праву участія общаго изъ вѣдѣнія судебныхъ установленій (см. выше, тезисъ 2). Но это послѣднее ученіе можетъ быть оспариваемо. Самъ Сенатъ учитъ, что «если искъ объ устраненіи нарушенія права участія общаго, — напр., о сносѣ построекъ съ большой дороги, — сводится къ охраненію не права общаго участія, а права вполнѣ

Digitized by Google

частнаго характера, обусловливаемаго именно особенными отношеніями даннаго лица къ предмету общаго участія, и вызванъ, напр., не прегражденіемъ проѣзда вообще, а стѣсненіемъ пользованія истца землею его, прилегающею къ дорогѣ,— то таковой искъ подвѣдомственъ судебнымъ установленіямъ (К. Р. 1870/1196, 1886/66, 1886/9). Но, вѣдь, принциніальной разницы между тѣми случаями, когда лицо потерпѣло отъ нарушенія «права участія общаго», и когда оно стоитъ въ «особенныхъ отношеніяхъ» къ предмету участія общаго — нѣтъ. Въ послѣднихъ случаяхъ лишь ярче подчеркнутъ и н т е р е с ъ истца къ предъявленію иска. Конечно, ни установить, ни отмѣнить право участія общаго нельзя въ судебномъ порядкѣ. Но разъ право участія общаго уже существуетъ, въ силу закона, каждое частное лицо заинтересовано въ его ненарушеніи: этотъ интересъ — его частное право. Въ самомъ дѣлѣ, съ какихъ поръ законъ пересталъ быть источникомъ субъективныхъ правъ?

Принципъ, установленный Сенатомъ (см. выше, тезисъ 3), что надо исходить изъ сущности отношеній, лежащихъ въ основаніи спора, а потому д о г о в о р ъ, устанавливающій обязанность (публичную?!) платить налогъ, рождаетъ и с к ъ, также не свободенъ отъ критики. Въ К. Р. 1905/75 искъ частнаго лица г. Гравеля къ городской управѣ о возвратѣ излишне взысканныхъ платежей по патентному сбору за право открытія питейныхъ заведеній отнесенъ Сенатомъ къ вѣдѣнію суда, потому что городское управленіе, отвергая искъ г. Гравеля, ссылалось на его д о б р о в о л ь н о е с о г л а с і е уплачивать этотъ сборъ, истецъ же въ своихъ возраженіяхъ отрицалъ силу этого согласія, и «такимъ образомъ имущественный споръ о переборѣ патентнаго сбора ставится ими въ зависимость отъ разрѣшенія вопроса о силѣ и значеніи упомянутаго с о г л а ш е н і я». Это разсужденіе неправильно. Истецъ требовалъ возврата сбора, а не признанія его договоровъ недѣйствительными. Поэтому, его исковое прошеніе не подлежало разсмотрѣнію суда. И представленные впервые на судѣ расписки не подлежали даже разсмотрѣнію, ибо споръ затѣвается и с т ц о м ъ, а не отвѣтчикомъ. И въ самомъ дѣлѣ, ст. 3. У. Г. С., занрещающая административнымъ учрежденіямъ разрѣшать спорныя обстоятельства, возникшія при разсмотрѣніи ими какого-либо дѣла и подлежащія судебному разсмотрѣнію,— предусматриваетъ случаи, когда административное учрежденіе встрѣтится въ своей а д м и н и с т р а т и в н о й дѣятельности со споромъ о правѣ гражданскомъ. Административное учрежденіе по роду своей дѣятельности вѣдаетъ лишь административныя дѣла. И съ другой стороны, въ силу ст. 1 У. Г. С. судебныя установленія по роду своей дѣятельности вѣдаютъ лишь с у д е б -

Digitized by Google

н ы я дѣла. И какъ административное учрежденіе не можетъ вѣдать административныя дѣла, случайно возникшія при производствѣ имъ судебнаго дѣла, ибо судебное дѣло не можетъ быть даже начато этимъ учрежденіемъ, такъ же и судебныя учрежденія не могутъ сдѣлаться компетентными къ разсмотрѣнію административныхъ дѣлъ, если э п и з о д о м ъ въ ихъ несудебной дѣятельности выплыветъ споръ о правѣ гражданскомъ. И самъ Сенатъ неоднократно высказывалъ, что предметъ каждаго дѣла, а вмѣстѣ съ тѣмъ и подсудность его по роду исковъ, а также подвѣдомственность его судебнымъ ли установленіямъ, либо учрежденіямъ административнымъ, опредѣляется содержаніемъ искового прошенія и его требованіями, а не возраженіями отвѣтчика (1880/284, 1893/54, 1900/103, 1907/88).

Обратимся теперь къ послѣднему выше приведенному тезису (4-му). П о с т а н о в л е н і я п о д ч и н е н ы х ъ П р а в и т е л ь с т в у ю щ е м у С е н а т у а д м и н и с т р а т и в н ы х ъ у ч р е ж д е н і й н е о б л а д а ю т ъ м а т е р і а л ь н о й з а к о н н о й с и л о ю, т.-е. они не обязательны для суда гражданскаго. Такъ, постановленія полицейскаго управленія (1873/1693), квартирной комиссіи (1874/471), крестьянскихъ учрежденій (1874/888, 1877/50, 1887/41) или опекунскихъ (1871/853, 1870/1101) и вообще иного правительственнаго установленія (1876/147) не могутъ стѣснить судъ въ постановленіи новыхъ по дѣлу рѣшеній.

Итакъ общій принципъ, установленный Сенатомъ, таковъ: всякій споръ о правѣ гражданскомъ можетъ быть разрѣшенъ обязательно для спорящихъ лицъ т о л ь к о с у д о м ъ, а н е п р а в и т е л ь с т в е н н ы м ъ у ч р е ж д е н і е м ъ.

Такъ, въ К. Р. 1870 № 1101 Сенатъ нашелъ: «какъ, по силѣ 1 и 2 ст. У. Г. С., всякій споръ о правѣ гражданскомъ подлежитъ разрѣшенію с у д е б н ы х ъ у с т а н о в л е н і й, хотя бы таковой и былъ уже разсмотрѣнъ правительственными мѣстами, и такъ какъ сиротскіе суды не суть судебныя, но а д м и н и с т р а т и в н ы я у с т а н о в л е н і я и постановленія ихъ не имѣютъ обязательной силы судебныхъ рѣшеній, присвоенной ст. 893 У. Г. С. рѣшеніямъ суда, посему истцы могли обратиться къ суду по возникшему спору.

Итакъ, Сенатъ признаетъ за судомъ право разсматривать дѣла, кои уже были разрѣшены а д м и н и с т р а т и в н ы м и у ч р е ж д е н і я м и, даже — в ъ п р е д ѣ л а х ъ и х ъ к о м п е т е н ц і и. Центръ тяжести лежитъ въ данномъ случаѣ въ томъ соображеніи, что административныя установленія не вправѣ разрѣшать споръ о правѣ гражданскомъ. Признаніе, напр. опекунскимъ учрежденіемъ правильными отчеты опекуновъ не лишаетъ заинте-

Digitized by Google

ресованныя лица права судебнымъ порядкомъ доказывать неправильность этихъ отчетовъ.

Въ К. Р. 1883/84 мы находимъ иную мотивировку. Въ этомъ дѣлѣ судебнымъ порядкомъ опровергалась правильность распоряженія Правительствующаго Сената (по 1-му Д-ту) о приведеніи въ исполненіе постановленій казенной палаты объ усыновленіи крестьянскаго мальчика Александрова купцомъ Литовымъ. Проситель указывалъ на событіе смерти Литова до утвержденія Сенатомъ постановленія казенной палаты и на слабоуміе Литова въ моментъ подачи имъ прошенія объ усыновленіи. Сенатъ въ К. Р. 1883/84 призналъ, что судъ некомпетентенъ входить въ разсмотрѣніе вопроса о законности распоряженія Сената. «Вопросъ о значеніи постановленій нравительственыхъ мѣстъ и лицъ ужъ неоднократно доходилъ до Правительствующаго Сената и разрѣшался въ томъ смыслѣ, что распоряженія административныхъ установленій не имѣютъ силы судебныхъ рѣшеній и не могутъ стѣснять судебныя мѣста при разрѣшеніи споровъ между частными лицами, когда они послѣдовали внѣ опредѣленнаго для этихъ установленій закономъ круга дѣйствій и предѣловъ власти (Рѣш. 1873/1693, 1874/471); но судебныя мѣста не могутъ входить въ обсужденіе правильности распоряженій, произведенныхъ неподчиненнымъ имъ должностнымъ лицомъ, а, слѣдовательно, и установленіемъ въ предѣлахъ предоставленной послѣднему власти. Для опредѣленія же силы этого распоряженія судебныя мѣста обязаны входить въ разсмотрѣніе вопроса о томъ, исходитъ ли оно отъ подлежащей власти, такъ какъ лишь при соблюденіи этого условія самое распоряженіе можетъ быть признано имѣющимъ силу (1876/591, 1875/276, 1876/391, 1877/260). Такимъ вполнѣ компетентнымъ въ дѣлѣ усыновленія купцомъ своего воспитанника установленіемъ представляется, по силѣ ст. 153 и 154 т. X ч. I по прод. 1876 г., Правительствующій Сенатъ по первому департаменту; посему распоряженія Сената о приведеніи въ исполненіе постановленій казенной палаты о такомъ усыновленіи не могутъ подлежать въ существѣ своемъ повѣркѣ судебныхъ мѣстъ и въ судебномъ порядкѣ оспорены быть не могутъ».

Дѣйствительно, въ приведенныхъ въ этомъ рѣшеніи касс. рѣшеніяхъ: 1873/1693 и 1874/471 рѣчь шла о такихъ распоряженіяхъ административныхъ мѣстъ, въ коихъ нельзя не усмотрѣть «превышеніе власти» со стороны сихъ послѣднихъ. Такъ, въ дѣлѣ 1873/1693 одинъ помѣщикъ выводилъ свое «право на дорогу» черезъ дачу

Digitized by Google

истца изъ того, что полиція «разрѣшила ему право проѣзда».

Привлеченный къ отвѣту за нарушеніе владѣнія истца, онъ объясняетъ, «что за воспослѣдованіемъ постановленія полицейскаго управленія, коимъ дорога черезъ дачу г. Д. признана общею для всѣхъ, мировыя судебныя установленія не имѣли права считать дѣло подсуднымъ себѣ до тѣхъ поръ, пока постановленіе полицейскаго управленія не уничтожено подлежащею административною властью, и что онъ официальнымъ разрѣшеніемъ полиціи пріобрѣлъ право на проѣздъ, и это разрѣшеніе могло быть отмѣнено не иначе, какъ въ порядкѣ законномъ, а не вмѣшательствомъ власти судебной». Эти доводы были отвергнуты Сенатомъ, который призналъ, что «этого рода дѣла подсудны, по ст. 29 У. Г. С. мировымъ установленіямъ, кои, разрѣшая требованіе г. Д., за силою тѣхъ же 1 и 3 ст. У. Г. С., очевидно, не могли стѣсняться постановленіемъ полицейскаго управленія, на которое указываетъ проситель»... «Прошеніе г. Р. въ полицейское управленіе касалось именно такого обстоятельства, которое, составляя споръ между двумя частными лицами о правѣ одного изъ нихъ проѣзжать черезъ дачу другого, по точному смыслу 1 и 3 ст. У. Г. С., могло подлежать разрѣшенію лишь судебнаго мѣста и по которому административное мѣсто никакого рѣшенія поставлять не могло».

Въ 1874/471 квартирная комиссія назначила домъ г. *Г.* подъ постой войска, вмѣсто дома г. З., на котораго наложила взысканіе столько-то рублей въ пользу г. Г. Сенатъ объяснилъ: «такъ какъ въ законѣ не предоставлено квартирнымъ комиссіямъ права по собственному усмотрѣнію обращать натуральную постойную повинность въ денежную, а еще менѣе — возлагать на частныхъ лицъ какія-либо денежныя взысканія, то посему и нѣтъ повода обвинять мировой съѣздъ въ томъ, что онъ не призналъ постановленій Юрбургской квартирной комиссіи, на которыхъ истецъ основывалъ свое требованіе, обязательными для отвѣтчика г. З.».

Итакъ, дѣйствительно, въ К. Р. 1873/1693 и 1874/471, какъ указалъ Сенатъ въ К. Р. 1883/84, распоряженія административныхъ мѣстъ «послѣдовали внѣ опредѣленнаго для этихъ установленій закономъ круга дѣйствій и предѣловъ власти». Но развѣ только потому Сенатъ въ этихъ рѣшеніяхъ не призналъ за ними силы судебнаго рѣшенія?!

Digitized by Google

Въ многочисленныхъ другихъ К. Р. (см. напр. 1871/853; 1870/1101), Сенатъ имѣлъ дѣло, напр., съ постановленіями опекунскихъ учрежденій, постановленныхъ въ предѣлахъ компетенціи ихъ, и все же Сенатъ огульно и безъ дальнѣйшихъ оговорокъ призналъ, что «распоряженія административныхъ установленій не имѣютъ силы судебныхъ рѣшеній и не могутъ стѣснять судебныя мѣста при разрѣшеніи споровъ между частными лицами». Вотъ почему, К. Р. 1883/84 нуждается въ дальнѣйшемъ оправданіи и болѣе убѣдительной мотивировкѣ. Въ качествѣ же руководящаго принципа, оговорка «въ предѣлахъ, предоставленной установленію власти», признана быть не можетъ.

Но въ общемъ и цѣломъ, надо признать, что сенатская практика по вопросу о юридическомъ значеніи постановленій администраціи вполнѣ правильна.

Въ 1902 году 25 сентября по дѣлу Мирохина съ Тейфелемъ Сенатъ разрѣшалъ такое дѣло. Тейфель своимъ издавна построеннымъ вододѣйствующимъ заведеніемъ, въ нарушеніе ст. 674 т. X ч. I, воспрепятствовалъ сплаву дровъ г. Мирохина по р. Усланкѣ. Олонецкое губернское правленіе, разсмотрѣвъ жалобу Мирохина на непропускъ Тейфелемъ сплава его дровъ, предложило Мирохину перестроить вододѣйствующее заведеніе Тейфеля на свой счетъ или же войти съ послѣднимъ въ особое о томъ соглашеніе, дѣйствія же Тейфеля, не пропускавшаго названный сплавъ, признало законными. Тогда Мирохинъ обратился въ окружной судъ, предъявивъ искъ объ убыткахъ къ Тейфелю. Возникъ вопросъ: можетъ ли судъ самостоятельно разсмотрѣть вопросъ объ отвѣтственности, по ст. 674 т. X ч. I, берегового владѣльца вододѣйствующаго заведенія за препятствованіе сплаву лѣса по рѣкѣ въ навигаціонное время, если принятыя имъ мѣры къ недопущенію сплава, по разсмотрѣніи ихъ административными властями, не были признаны незаконными, и постановленія этихъ властей не были обжалованы въ установленномъ порядкѣ?

Правительствующій Сенатъ отвѣтилъ на этотъ вопросъ утвердительно, каковымъ рѣшеніемъ подтвердилъ еще разъ свое основное положеніе, что никакія рѣшенія административныхъ и полицейскихъ мѣстъ и лицъ о правахъ

Digitized by Google

гражданскихъ **не могутъ стѣснять учрежденія судебной власти** въ новомъ свободномъ обсужденіи и опредѣленіи гражданскихъ тѣхъ же правъ, когда таковыя вслѣдствіе спора дойдутъ установленнымъ порядкомъ до ихъ разсмотрѣнія[1]).

Обратимся теперь къ комментированію ст. 2 У. Г. С.[2]). Основные принципы сенатской практики таковы.

1. Когда должностныя лица являются **уполномоченными казны по ея имуществу**, отвѣтственность за дѣйствія ихъ опредѣляется сообразно съ общимъ закономъ (ст. 687 т. X ч. I), въ силу коего вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ повѣренными при исполненіи ихъ порученій, согласно съ даннымъ имъ уполномочіемъ (1878/86, 162). Такіе иски можно предъявлять **непосредственно къ казнѣ или общественному управленію** (городу, земству) (1887/14, 1889/80, 1893/98, 1897/1). А въ тѣхъ случаяхъ, когда они являются **представителями государственной власти**, они лично отвѣтствуютъ за дѣйствія, совершенныя ими во вредъ частнымъ лицамъ, и требованіе о вознагражденіи за причиненные сими дѣйствіями вредъ и убытки **можетъ быть предъявлено только къ тѣмъ должностнымъ лицамъ** казны или общественнаго управленія, которыя нерадѣніемъ, неосмотрительностью или медленностью виновны въ причиненіи убытка, въ порядкѣ ст. 1070 У. У. С. и ст. 1316 и 1330 У. Г. С. (1875/490, 1887/14, 1889/80, 1893/98; Общ. Соб. 1895/18, 1907/24).

2. Обращеніе къ суду съ привлеченіемъ къ отвѣту виновнаго **учрежденія** допустимо лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда **гражданскія права** нарушаются «**дѣйствіями** общественнаго управленія» (1875/276) (1875/380: подлежитъ компетенціи суда искъ о неправильности принятія городскою управою мѣръ о содержаніи въ исправности и чистотѣ улицъ, площадей и разныхъ общественныхъ мѣстъ, если эти мѣры ограничиваютъ или нарушаютъ права собственности городскихъ обывателей). (Допущены иски объ убыткахъ, причиненныхъ: частнымъ лицамъ при нивеллированіи городомъ улицъ: 1883/8, 1902/126; — распоряженіемъ городского управленія о закрытіи пруда, забиравшаго текущую по улицѣ воду: 1875/380). (Общ. Собраніе 1900/8: судебная отвѣтственность земства передъ вольнымъ аптекаремъ за противузаконный отпускъ изъ своихъ аптекъ рецептурныхъ лекарствъ.)

---

[1]) Обстоятельный разборъ этого К. Р. (до сихъ поръ въ официальномъ сборникѣ не напечатанный!) см. въ «Вѣстн. Права», 1902 г., № 8, страница 152—169 (г. Гомолицкій).

[2]) Ст. 2 У. Г. С. Частныя лица или общества, права коихъ, на законѣ основанныя, будутъ нарушены распоряженіемъ правительственныхъ мѣстъ или лицъ, могутъ предъявить суду искъ о возстановленіи нарушенныхъ правъ; но такой искъ не останавливаетъ распоряженія правительственнаго мѣста или лица, доколѣ не послѣдуетъ о томъ рѣшеніе суда.

Digitized by Google

Если же мы имѣемъ обязательныя постановленія земскихъ или городскихъ управленій, утвержденныя губернаторомъ (напримѣръ, незаконный сборъ, или незаконное требованіе по городскому благоустройству), ихъ незаконность можетъ быть обжалована лишь въ административномъ порядкѣ (1909/86) (1889/80: обязательныя постановленія по благоустройству города; 1893/98: установленіе таксъ разнаго рода; ср. О. С. 1898/26).

«Требованія городского общественнаго управленія въ отношеніи исполненія обязательныхъ постановленій по благоустройству города подходятъ подъ такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ (прим. къ ст. 1 У. Г. С.), коимъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, хотя бы этимъ нарушалось гражданское право обывателя. (1889/80: недопущеніе иска домовладѣльца къ городской управѣ о признаніи ея требованія, основаннаго на обязательномъ постановленіи городской думы, о возстановленіи протока черезъ его, домовладѣльца, владѣніе, лишеннымъ законнаго основанія. Общ. Собр. 1898/26. Не подвѣдомо судебнымъ установленіямъ требованія частнаго лица о признаніи незаконнымъ изданнаго, на основаніи ст. 103—104 Гор. Пол., изд. 1886 г., обязательнаго постановленія городской думы о томъ, что туши и скотъ должны быть взвѣшиваемы на вѣсахъ, находящихся при городской скотобойнѣ, за установленную плату и доставка въ лавки и магазины убитаго въ городской скотобойнѣ скота должна быть производима обязательно администраціею городской скотобойни и за установленную плату).

Изъ приведенныхъ тезисовъ явствуетъ, что Сенатъ исходитъ изъ понятія юридическаго равенства въ гражданскомъ правѣ (государство выступаетъ «на одинаковыхъ со всѣми другими лицами и учрежденіями основаніяхъ») и принудительности въ публичномъ правѣ (юридическія отношенія не покоятся на идеѣ согласія подчиняющихся закону гражданъ).

Противоположеніе имущественныхъ гражданскихъ отношеній отношеніямъ власти подлежитъ критикѣ, ибо государство (городъ, земство), дѣйствуя, какъ власть, можетъ нарушать частныя права гражданъ[1]); и, съ другой стороны, имущественныя требованія могутъ имѣть въ своемъ основаніи, какъ отношенія публичнаго права, такъ и отношенія частнаго права. Разграниченіе Сенатомъ компетентности административныхъ и судебныхъ установленій по признаку власти и «представительства

---

[1]) Въ разсужденіяхъ К. Р. 1878/162 особенно ясна несостоятельность его аргументаціи. Рѣшеніе въ окончательномъ выводѣ вѣрно, но аргументація сбивчива. Надо было бы указать, что актъ административной власти (разрѣшеніе полиціи) не могло родить гражданскаго права у завода. Но не логично утверждать, что нарушеніе интересовъ завода не касалось сферы гражданскихъ правъ общества завода «Леоновъ», потому что относилось до предметовъ, входящихъ въ кругъ дѣятельности губернскаго правленія. Это противоположеніе совершенно нелогично! Развѣ отъ «власти» не можетъ исходить нарушеніе гражданскихъ правъ См. ст. 2 У. Г. С.

Digitized by Google

казны, какъ юридическаго лица» несостоятельно и потому, что тѣмъ самымъ чрезмѣрно сужается вѣдомство суда гражданскаго, вопреки ясному постановленію закона. Напримѣръ, въ силу ст. 1316 У. Г. С., распоряженія и дѣйствія должностныхъ лицъ, облеченныхъ административной властью, могутъ быть оспариваемы судебнымъ порядкомъ по иску объ убыткахъ. А, съ другой стороны, такой формулой расширяется компетенція суда, ибо, какъ мы увидимъ ниже, не всѣ «споры о правѣ гражданскомъ» между казною, какъ юридическимъ лицомъ, и частными лицами подвѣдомы суду. Въ силу ст. 1300 У. Г. С. требованія казны къ контрагентамъ по договорамъ подряда и поставки суть требованія безспорные и приводятся въ исполненіе дѣйствіями полиціи.

Значитъ, формула, на которой настаиваетъ Сенатъ, не выдерживаетъ критики, съ точки зрѣнія основныхъ принциповъ нашего дѣйствующаго законодательства!

Какими же юридическими принципами обосновываетъ Сенатъ свое ученіе?

Сенатъ въ многочисленныхъ рѣшеніяхъ (Общ. С. 1903 № 34, К. Р. 1878/162, 1882/32 и др.) устанавливаетъ отвѣтственность казны по имущественнымъ сдѣлкамъ должностныхъ лицъ и неотвѣтственность казны по дѣйствіямъ должностныхъ лицъ въ области административной, — на противоположеніи случаевъ, когда должностныя лица «являются уполномоченными казны по ея имуществамъ» и случаевъ, когда они «являются представителями государственной власти». Въ первомъ случаѣ «отвѣтственность казны опредѣляется сообразно съ общимъ закономъ, въ силу коего вѣрители отвѣтствуютъ за вредъ и убытки, причиненные ихъ повѣренными при исполненіи ихъ порученія, согласно даннымъ имъ уполномочіямъ» (ст. 687 т. X. ч. 1).

Во второмъ случаѣ должностныя лица, являясь представителями государственной власти, «обязаны примѣнять ее со строгимъ соблюденіемъ закона» (1875/490, 1878/162, [sic!! Можно подумать, что въ частно-правовыхъ отношеніяхъ должностныя лица освобождены отъ сообразованія своихъ дѣйствій съ закономъ!], — и если они противозаконно причинятъ убытокъ обывателю, они лично и отвѣчаютъ за вредъ и убытокъ.

Такого рода практика несостоятельна въ своей мотивировкѣ. Сенатъ, не находя въ дѣйствующихъ русскихъ законахъ никакихъ спеціальныхъ указаній на отвѣтственность казны за убытки, причиненные контрагентамъ казны должностными лицами мѣстъ

Digitized by Google

казеннаго управленія, пытается найти опору въ самомъ порядкѣ разсмотрѣнія дѣла. При судебномъ порядкѣ — отвѣчаетъ сама казна, какъ юридическое лицо. При административномъ порядкѣ, отвѣтствуютъ должностныя лица, какъ органы власти. Но ясно, что самъ порядокъ разсмотрѣнія дѣла не предрѣшаетъ вопроса о томъ, на кого ложится отвѣтственность за причиненный убытокъ: и судъ можетъ установить личную отвѣтственность должностного лица, и административное учрежденіе можетъ установить отвѣтственность казны. Теоретически это вполнѣ возможно.

Отвѣтственность казны за дѣйствія должностныхъ лицъ Сенатъ выводитъ изъ ст. 687 т. X. ч. I и для этого Сенатъ объявляетъ казну «господиномъ и вѣрителемъ», а должностное лицо «слугою и повѣреннымъ» казны. Конструкція эта съ точки зрѣнія теоретической очень сомнительна [1]).

Но симпатично стремленіе Сената установить отвѣтственность казны за дѣйствія должностныхъ лицъ по защитѣ имущественныхъ интересовъ казны. Эта отвѣтственность и справедлива и практична, ибо повышаетъ кредитоспособность казны. Плохо не рѣшеніе Сената, а его мотивировка. Если въ старой практикѣ еще оправдываема ссылка Сената на ст. 687 т. X ч. I, то съ введеніемъ въ дѣйствіе Судебныхъ Уставовъ болѣе правильна была бы ссылка на ст. 1288 и 1302 У. Г. С., прямо говорящія о возможности исковъ къ казнѣ объ убыткахъ, причиненныхъ неправильными дѣйствіями должностныхъ лицъ, и хотя въ первоначальномъ своемъ видѣ въ Проектѣ Суд. Уст. имѣвшія иной смыслъ (см. Лазаревскій, ук. соч. 152 сл.), однако, дающія все же опору для развитія практики справедливой и цѣлесообразной (В. Исаченко. Особыя пропзводства. С.-Пб. 1913 г., стран. 277).

---

[1]) Лазаревскій, Отвѣтственность за убытки, причиненные должностными лицами, стран. 90—91, 143 сл., 216 сл., доказываетъ, что концепція казны, какъ юридическаго лица гражданскаго права, ложна и съ исторической точки зрѣнія и съ точки зрѣнія положительнаго закона. «Во всѣхъ отношеніяхъ между отдѣльными ея элементами, во всѣхъ нормахъ, регулирующихъ дѣятельность каждаго ея органа, казна есть насквозь явленіе публично-правовое» (стран. 91).

Нельзя говорить, что всѣ должностныя лица, чиновники, занимающіе штатныя должности, какъ только вступаютъ въ гражданскія сдѣлки по поводу казеннаго имущества, перестаютъ быть чиновниками и становятся «слугами и повѣренными» (стран. 144). «Казна въ хозяйственныхъ мѣропріятіяхъ все-таки остается тѣмъ же самымъ государствомъ, дѣятельность органовъ котораго опредѣляется, главнымъ образомъ, публичнымъ правомъ. И чиновникъ, представляющій казну въ ея частно-правовыхъ отношеніяхъ съ обывателями, все-таки остается должностнымъ лицомъ, органомъ власти, и не превращается ни въ чьего слугу и повѣреннаго въ томъ смыслѣ, какой придается этимъ словамъ гражданскими законами» (стран. 218). См. еще Шершеневичъ, Общая теорія права, III, 1912, § 57.

Digitized by Google

Но этого еще мало! Элементарная справедливость требуетъ, чтобы казна отвѣчала и за дѣйствія должностныхъ лицъ, какъ органовъ власти.

Судебная практика, разграничивающая отвѣтственность казны и должностныхъ лицъ по признаку дѣйствій по защитѣ имущественныхъ интересовъ и дѣйствій по осуществленію власти, не выдерживаетъ критики, съ т. з. толкованія закона. Сенатъ обычно ссылается на ст. 1316 У. Г. С., устанавливающую принципъ личной отвѣтственности должностного лица за вредъ, причиненный медленностью, неосмотрительностью и нерадѣніемъ должностного лица, но онъ замалчиваетъ существованіе ст. 2 У. Г. С., дающей потерпѣвшимъ въ своихъ гражданскихъ правахъ отъ распоряженія правительственнаго мѣста или лица право предъявить суду искъ о возстановленіи нарушеннаго права. Было бы извращеніемъ буквальнаго смысла этой статьи толковать ее ограничительно, и въ предѣлахъ ея различать случаи, когда должностное лицо дѣйствовало въ качествѣ представителя имущественныхъ интересовъ казны и когда оно дѣйствовало въ качествѣ представителя государственной власти.

Статья 2 терпитъ только одно ограниченіе: именно, указанное въ ст. 1 и прим. У. Г. С. Право иска исключается въ тѣхъ случаяхъ, когда право частнаго лица нарушено «безспорнымъ требованіемъ» административнаго мѣста. Въ этихъ случаяхъ нарушаются не частныя, а публичныя права потерпѣвшаго, и они могутъ быть возстановлены только въ порядкѣ административнаго обжалованія.

Практика Сената приводитъ часто къ полному отказу въ правосудіи, особенно, благодаря произвольно ограничительному толкованію выраженія ст. 2: «распоряженіями правительственныхъ мѣстъ» въ смыслѣ: «незаконными распоряженіями». Примѣръ несуразности, къ коей ведетъ такое толкованіе, читатель найдетъ въ статьѣ П. Н. Гуссаковскаго. (Вознагражденіе за вредъ. Ж. М. Ю. 1912 г., № 9, стран. 30 сл.). Какъ правильно замѣчаетъ этотъ авторъ (ук. соч. 33), «каждое юридическое лицо осуществляетъ преслѣдуемыя имъ задачи черезъ своихъ представителей, за дѣйствія которыхъ оно и должно нести отвѣтственность. Существованіе юридическаго лица, не отвѣтственнаго за дѣйствія своихъ представителей, не мыслимо». «Если безспорно, что казна должна нести отвѣтственность за дѣйствія своихъ представителей въ тѣхъ случаяхъ, когда они проявляютъ свою дѣятельность въ сферѣ, регулируемой общими гражданскими законами, то нѣтъ логическихъ основаній не распространять такой

Digitized by Google

отвѣтственности и на тѣ случаи, когда представители ея, въ качествѣ органовъ публичной власти, совершаютъ также недозволенныя дѣйствія, нарушающія чужія права. И тогда, когда они охраняютъ имущественные интересы казны, и въ томъ случаѣ, когда они выполняютъ какія-либо иныя функціи управленія, должностныя лица дѣйствуютъ отъ имени государства и въ качествѣ его представителей. Поэтому и отвѣтственность государства за дѣйствія своихъ представителей не можетъ быть поставлена въ зависимость отъ того, какія административныя функціи выполняло то лицо, которое нарушило имущественныя права частныхъ лицъ безъ законныхъ къ тому основаній».

Ограниченіе Сенатомъ права потерпѣвшаго обращаться къ суду, обращеніемъ его къ порядку ст. 1316 У. Г. С., и н е п р а в и л ь н о, такъ какъ эта статья предполагаетъ неосмотрительность д о л ж н о с т н о г о л и ц а, т.-е. точно опредѣленнаго субъекта, убытки же могутъ быть причинены распоряженіями юридическаго лица, — и н е с п р а в е д л и в о къ истцу, такъ-какъ подобный отвѣтчикъ можетъ быть несостоятельнымъ къ уплатѣ причиненныхъ учрежденіемъ убытковъ. Самъ Сенатъ въ старой своей практикѣ допускалъ предъявленіе иска объ убыткахъ, причиненныхъ должностнымъ лицомъ, къ общественному учрежденію. См. 1875/380. Городская Управа распорядилась закрыть городской прудъ. А гласный Нечаевъ при исполненіи этого порученія срылъ валъ на берегахъ пруда, который сдерживалъ напоръ воды. Обыватели города понесли убытки отъ подтопа улицъ. Сенатъ нашелъ, что «никакое присутственное мѣсто не въ правѣ при распоряженіяхъ своихъ нарушать гражданскія права частныхъ лицъ» и призналъ отвѣтственной саму Гор. Управу за убытки.

Впрочемъ, это К. Р. нельзя признавать «руководящимъ». Дѣло въ томъ, что въ первыя десятилѣтія по введеніи земскихъ учрежденій Сенатъ еще не проникся г о с у д а р с т в е н н ы м ъ х а р а к т е р о м ъ органовъ самоуправленія, а потому онъ признавалъ отвѣтственными сами г о р о д с к і я и з е м с к і я учрежденія, при такихъ условіяхъ, при коихъ онъ ни въ какомъ случаѣ не призналъ бы отвѣтственности казны. Съ теченіемъ времени (1878/162), въ особенности, послѣ изданія Положенія о Земскихъ Учр. 1890 г. и Город. Пол. 1892 г. правительственный характеръ городскихъ и земскихъ учрежденій сталъ болѣе и болѣе признаваться Сенатомъ, — что и побудило его свои соображенія о томъ, что за убытки, причиненные обывателю, отвѣчаетъ или казна или должностное лицо, — смотря по тому, является ли должностное лицо представителемъ у казны по ея имуществамъ

Digitized by Google

или органомъ правительственной власти, — эти соображенія примѣнить и къ земскимъ и къ городскимъ учрежденіямъ.

Вообще, все принципіальное отношеніе Сената къ ст. 2 У. Г. С. отличается одной непреклонной тенденціей: стремленіемъ сузить елико возможно объемъ ея содержанія. Сенатъ проводитъ въ своихъ кассаціонныхъ рѣшеніяхъ ту точку зрѣнія, что тамъ, гдѣ есть проявленіе власти, дѣйствующей въ общественномъ интересѣ, тамъ нѣтъ нарушенія гражданскихъ правъ частныхъ лицъ.

Такъ, въ 1889/80 Сенатъ высказываетъ очень рельефно эту мысль: общественное учрежденіе можетъ нарушить гражданское право частныхъ лицъ, но это имѣетъ мѣсто только тогда, когда это учрежденіе дѣйствуетъ, какъ субъектъ гражданскихъ правъ, защищающій интересы города (земства, казны) въ сферѣ гражданскихъ правъ — по имуществу города и договорамъ, заключеннымъ отъ имени города. Если же это учрежденіе дѣйствуетъ, какъ представитель власти, на котораго возложено охраненіе установленнаго порядка въ различныхъ частяхъ административнаго управленія, въ видахъ пользы общественной, — нарушенія гражданскихъ правъ быть не можетъ.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда эта «власть» дѣйствуетъ въ границахъ своихъ полномочій, установленныхъ закономъ, точка зрѣнія Сената могла бы быть оправдана идеей, лежащей въ основѣ положенія: «qui suo jure utitur neminem fecit injuriam» (1878/162, 1889/6). Но и это соображеніе (Сенатомъ, впрочемъ, въ такой категорической формѣ никогда не высказанное) неправильно, такъ какъ ст. 2 У. Г. С. для права иска требуетъ лишь одного: нарушеніе гражданскаго права: о незаконности распоряженія власти здѣсь, какъ мы указали выше, нѣтъ ни полслова. Въ тѣхъ же случаяхъ, когда власть дѣйствуетъ незаконномѣрно, суженіе яснаго смысла ст. 2 У. Г. С. рѣшительно ничѣмъ не можетъ быть оправдано!

А между тѣмъ, Сенатъ дошелъ до того, что отрицаетъ даже наличность самого гражданскаго права у лица потерпѣвшаго отъ распоряженій власти, дѣйствующей въ общественномъ интересѣ. «Гражданское право» превращается въ «гражданскій интересъ» (sic! 1878/162). А тамъ, гдѣ это превращеніе рѣшительно не удается Сенату, онъ прямо заявляетъ, что спорный вопросъ долженъ быть разрѣшенъ не на основаніи права (права участія общаго) потерпѣвшаго, а «на основаніи тѣхъ правилъ, которыми опредѣляется дѣятельность земства». 1889/6. Сенатъ высказалъ: за земствомъ

Digitized by Google

признано право производить для нуждъ самой дороги, какъ средства сообщенія, сооруженія на большихъ дорогахъ, состоящихъ въ завѣдываніи земства. Вслѣдствіе сего, нельзя не признать права собственности земли подъ большими дорогами неполнымъ и въ отношеніи къ той власти, которая, завѣдуя дорогой въ качествѣ средства сообщенія, производитъ на ней работы или сооруженія. Посему, вопросъ о правѣ земства производить на дорогѣ земства сооруженія, долженъ быть разрѣшенъ не на основаніи права участія общаго, а на основаніи тѣхъ правилъ, которыми опредѣляется дѣятельность земства, по положенію о земскихъ учрежденіяхъ. Характерное рѣшеніе! «Гражданское право, на законѣ основанное», ретируется передъ «властью». Сенатъ забылъ стт. 575 и 602 сл. т. X ч. 1, не допускающія такого безцеремоннаго занятія чужого имущества властью для общественной пользы.

Съ точки зрѣнія опровергаемаго нами ученія, если, напр., губернское правленіе, не добившись путемъ добровольнаго соглашенія отвода частнаго помѣщенія для пожарнаго обоза, принудительно займетъ подходящее помѣщеніе у обывателя,—безъ соблюденія установленныхъ закономъ правилъ, напр., объ экспропріаціи, — то это также не будетъ нарушеніемъ «гражданскихъ правъ», а будетъ «дѣйствіе власти». Нелѣпость всего ученія Сената, какъ нельзя лучше, явствуетъ изъ этого примѣра!

Характерно также К. Р. 1909/86. Сенатъ такъ энергично настаиваетъ на томъ, что «судъ не имѣетъ права признавать обязательныя постановленія Думы лишенными силы», что забываетъ даже указать на то, что въ данномъ случаѣ некомпетентность суда обязана болѣе простому и безспорному обстоятельству: дѣло шло о принудительномъ сборѣ, такъ что г. Гойхманъ пострадалъ не какъ «семьянинъ и хозяинъ», а какъ «плательщикъ налога». Сенатъ не считаетъ нужнымъ считаться съ этимъ различіемъ.

Обратимся теперь ко второму тезису, формулированному нами выше. Требованія городского общественнаго управленія въ отношеніи исполненія обязательныхъ постановленій по благоустройству города подходятъ подъ такія требованія административныхъ мѣстъ и лицъ (прим. къ ст. 1 У. Г. С.), коимъ законъ присвоилъ свойство безспорныхъ, хотя бы этимъ нарушалось гражданское право обывателя.

Такое положеніе твердо установлено Сенатомъ. Однако, эта практика вызываетъ недоумѣніе. Почему твердая практика того же

Digitized by Google

Сената (см. Таганцевъ. Уст. о наказ., ст. 29, пп. 1—6, 25—43) дозволяетъ оспаривать законность обязательныхъ постановленій въ уголовномъ судѣ, при привлеченіи виновныхъ, въ порядкѣ ст. 29 Уст. о нак.?! «Судебныя мѣста, при разсмотрѣніи дѣлъ по обвиненіямъ въ неисполненіи обязательныхъ постановленій распорядительныхъ мѣстъ и лицъ, не только имѣютъ право, но и обязаны входить въ обсужденіе того непремѣннаго условія, чтобы постановленія этого рода, за неисполненіе которыхъ обвиняемыя лица преслѣдуются по суду, не противорѣчили существующимъ узаконеніямъ, и, согласно сему, судебныя мѣста въ правѣ обсуждать законность обязательныхъ постановленій городскихъ общественныхъ управленій, хотя бы и не обжалованныхъ обвиняемыми лицами при самомъ изданіи ихъ...» «Распоряженія, требованія и постановленія городского общественнаго управленія должны быть признаваемы законными, какъ тогда, когда они заключаютъ въ себѣ простое требованіе объ исполненіи прямого и несомнѣннаго предписанія закона, такъ и тогда, когда они истекаютъ изъ непосредственнаго усмотрѣнія сего управленія, будучи изданы и объявлены къ исполненію, въ предѣлахъ круга вѣдомства и власти, предоставленныхъ означенному управленію городовымъ положеніемъ...» «Судебная власть должна имѣть право разсмотрѣть правильность такого толкованія положительнаго закона; иначе опредѣленіе виновности или невиновности обвиняемаго лица, перешло бы отъ судебной власти къ распорядительнымъ мѣстамъ и лицамъ, указаннымъ въ ст. 29 Устава о Нак., и судъ назначалъ бы наказаніе, не по убѣжденію въ томъ, что обвиняемый дѣйствительно нарушилъ законъ, а только на томъ основаніи, что обвинитель требовалъ наложенія наказанія» (Общ. Собр. 1877/3). (Ср. Цирк. Указъ Общ. Собранія 29 декабря 1877 г., № 41). Но развѣ не примѣнимы тѣ же соображенія mutatis mutandis и въ области гражданской юрисдикціи?! Какъ правильно замѣтилъ самъ же Сенатъ (1912/15), «хотя по различію предметовъ вѣдомства судебная власть и проявляетъ свою дѣятельность либо въ порядкѣ уголовнаго, либо въ порядкѣ гражданскаго судопроизводства, но въ обоихъ порядкахъ эта въ существѣ своемъ единая власть дѣйствуетъ на основаніи одного и того же основного начала».

За допустимость оспариванія обязательности, «автономическихъ постановленій» стоитъ и теорія (Малышевъ. Курсъ общаго гр. пр., I, 316 (по иску), Анненковъ. Общ. Ч., I, 60 (судомъ ex officio!).

Digitized by Google

Вотъ какъ выражается по этому вопросу проф. Шершеневичъ — (Курсъ гражд. права, т. I, введ., вып. I, стран. 201): «Подъ именемъ административныхъ указовъ слѣдуетъ понимать тѣ юридическія нормы, которыя устанавливаются органами административнаго управленія въ предѣлахъ очерченной имъ компетенціи и согласно съ общими законами». «Санкція законности административнаго указа въ области гражданскаго права состоитъ въ томъ, что судъ опредѣляетъ спорныя юридическія отношенія или на его основаніи или, отвергнувъ его юридическое значеніе, разрѣшаетъ дѣло на основаніи общихъ законовъ. Для этого судъ принужденъ, во-первыхъ, удостовѣриться въ наличности указа, а, во-вторыхъ, провѣрить его законность, не только съ матеріальной стороны, т.-е. согласія его съ закономъ по содержанію, но и со стороны формальной, т.-е. соотвѣтствія его компетенціи административнаго органа».

Интересно замѣтить, что самъ Сенатъ въ своей новѣйшей практикѣ сталъ признавать за судами право выяснять степень законности требованій административной власти. Въ О. С. 1909/24 и К. Р. 1911/15 Сенатъ высказалъ такое положеніе. «Основное начало, котораго неотступно долженъ держаться судъ, выражено въ ст. 12 У. У. С. и въ ст. 9 У. Г. С. и состоитъ въ томъ, что всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать какъ уголовныя, такъ и гражданскія дѣла по точному разуму существующихъ законовъ. Слѣдовательно, когда какая-либо общественная, полицейская или административная власть предъявляетъ суду какое-либо требованіе, основывая его на положительномъ законѣ, то на всякомъ судѣ, какъ уголовномъ, такъ и гражданскомъ, лежитъ прежде всего обязанность удостовѣриться въ дѣйствіи закона, служащаго основаніемъ означеннаго требованія; въ тѣхъ же случаяхъ, когда требованіе основывается на постановленіи самой власти, считающей себя уполномоченною закономъ къ его изданію, на обязанности суда лежитъ удостовѣриться, не выходитъ ли означенное постановленіе изъ круга вѣдомства, предоставленнаго этой власти. Поэтому, при предъявленіи гражданскому суду требованія, основаннаго на обязательномъ постановленіи губернатора, гражданскій судъ, въ силу ст. 9 У. Г. С., прежде всего, обязанъ выяснить степень законности означеннаго постановленія».

Оставляя въ сторонѣ неудачную мотивировку Сенатомъ своихъ новыхъ воззрѣній статьей 9 У. Г. С. (въ этой ст. ни полслова не содержится о трактуемомъ вопросѣ!), мы укажемъ, что,

Digitized by Google

во-первыхъ, разъясненія Сената касались требованій губернатора, а во-вторыхъ, эти требованія опирались на его обязательномъ постановленіи.

Конечно, и указанныя рѣшенія Сената — громадный шагъ впередъ. Но надо признать, что и этотъ шагъ еще недостаточенъ. Во-первыхъ, принципъ, высказанный въ этихъ рѣшеніяхъ, подлежитъ обобщенію на всѣ виды административныхъ указовъ, въ томъ числѣ и на обязательныя постановленія органовъ общественнаго управленія.

Наше требованіе вполнѣ законно. Мы полагаемъ, что прямой смыслъ ст. 142 Город. Пол. и ст. 128 Пол. о губ. и у. Земскихъ Учр. не препятствуетъ допущенію судебнаго оспариванія законности обязательныхъ постановленій, когда ими нарушаются гражданскія права частныхъ лицъ. Въ самомъ дѣлѣ, признакъ различія подвѣдомственности судебнымъ установленіямъ (ст. 141 Город. Пол. и ст. 127 Пол. о Земск. Учр.) и административнымъ установленіямъ (ст. 142 Город. Пол. и ст. 128 Положенія о Земск. Учр.) указанъ въ «свойствѣ предмета» [...«когда по свойству предмета не можетъ быть начато иска по ст. 127» (ст. 141)...]. А это «свойство предмета» должно только означать нарушеніе гражданскаго (а не публичнаго) права просителя.

Сенатъ упустилъ изъ виду, что административный контроль надъ законностью обязательныхъ постановленій можетъ обезпечить согласіе его съ «общими законами страны», но отнюдь не съ законно пріобрѣтенными правами частныхъ лицъ. Сенатъ рекомендуетъ частнымъ лицамъ обжалованіе обязательныхъ постановленій въ административномъ порядкѣ. Но нельзя же, въ самомъ дѣлѣ, требовать, чтобы при изданіи постановленій, касающихся всѣхъ обывателей, отдѣльныя частныя лица въ срокъ обжаловали бы ихъ, и чтобы, въ случаѣ необжалованія ихъ, они безусловно были бы связаны силою этихъ незаконныхъ постановленій. (Это признаетъ самъ Сенатъ: Общ. Собр. 1877/3).

Нежелательнаго вмѣшательства судебной власти въ распоряженія административной власти не будетъ имѣть мѣста при этомъ порядкѣ, потому, что судъ выскажется лишь о силѣ даннаго обязательнаго постановленія, какъ источника права, in casu, не касаять его силы вообще.

Во-вторыхъ, указанныя выше разъясненія Сената недостаточны еще и потому, что Сенатъ и въ новѣйшей своей практикѣ не признаетъ гражданскій судъ компетентнымъ входить въ сужденіе о тѣхъ мѣрахъ, которыя администрація считаетъ необходимымъ

Digitized by Google

принимать «въ видахъ государственныхъ». Если споръ сосредоточивается на вопросѣ о цѣлесообразности мѣръ, судъ не признаетъ себя способнымъ контролировать дѣйствія администраціи, «потому что онъ не знаетъ воззрѣній самой же административной власти на свои задачи». Надо, впрочемъ, замѣтить, что господствующее воззрѣніе въ наукѣ административнаго права (см. изложеніе выводовъ западной науки у С. Б. Гомолицкаго, ук. ст. въ «Словарѣ») не идетъ такъ далеко, чтобы споры о нецѣлесообразности административнаго распоряженія, нарушающаго интересъ лица относить къ вѣдомству суда. Эти споры почти единогласно относятся французскими и нѣмецкими юристами къ вѣдѣнію административнаго начальства[1]).

Настоятельные запросы жизни и элементарная справедливость были бы удовлетворены, если бы гражданскій судъ принималъ къ своему производству просьбы о возстановленіи гражданскихъ правъ, нарушенныхъ распоряженіемъ административныхъ мѣстъ и лицъ. Это — тотъ минимумъ, проведеніе коего въ жизнь не только въ правѣ желать, но и — требовать русскій обыватель. И для этого не надо реформы нашего законодательства. Ст. 2 У. Г. С. (съ Легкими редакціонными измѣненіями воспроизводимая въ Проектѣ новой редакціи У. Г. С.) положительно уполномачиваетъ судъ на такого рода дѣятельность.

Т. М. Яблочковъ.

---

[1]) Иного воззрѣнія на этотъ вопросъ держится въ русской литературѣ М. Винаверъ (ук. соч., 267); «составители судебныхъ уставовъ противъ чего возразили бы несомнѣнно, — это противъ калѣченія самой основной мысли — противъ урѣзыванія самаго драгоцѣннаго права суда: самостоятельно изслѣдовать, не взирая на государственный характеръ обсуждаемыхъ мѣръ, правильность этихъ мѣръ». Въ томъ же сочиненіи г. Винавера читатель найдетъ соображенія въ защиту того взгляда, что ни критика «усмотрѣнія», ни сужденіе о «возможныхъ» дѣйствіяхъ должностного лица не изъемлются изъ вѣдѣнія суда, суду только должно быть оказано содѣйствіе присоединеніемъ къ нему представителей административной власти.

Digitized by Google

Къ предстоящей реформѣ конкурснаго законодательства.

Неудовлетворительность нашего конкурснаго законодательства уже давно не только была отмѣчена въ литературѣ, но и сознана въ правительственныхъ кругахъ. Дѣйствительно, производство дѣлъ о несостоятельности понынѣ, главнымъ образомъ, регулируется уставомъ 1832 года, который въ моментъ изданія во многомъ стоялъ далеко позади западныхъ законодательствъ, и въ частности французскаго торговаго кодекса 1807 года, вліяніе котораго, повидимому, было наиболѣе сильнымъ. Надлежитъ также отмѣтить, что обстоятельства сложились въ извѣстномъ отношеніи неблагопріятно для составителей устава о несостоятельности 1832 года; западныя законодательства, которыя могли служить имъ образцами, къ этому времени уже устарѣли и были признаны неудовлетворительными въ своихъ странахъ. Такъ, во Франціи постановленія о несостоятельности торговаго кодекса 1807 года были замѣнены новымъ уставомъ уже въ 1838 году, стоящимъ много выше прежнихъ постановленій, но не могшимъ уже оказать вліяніе на наше законодательство. Что касается германскихъ государствъ, то лучшій — прусскій уставъ появился лишь въ 1855 году. Въ связи съ этимъ, уже въ 1847 году Второму Отдѣленію Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи было поручено выработать новый проектъ устава о несостоятельности, руководствуясь указаніями практики и законодательствами иностранныхъ государствъ. Второе Отдѣленіе нашло, что уставъ 1832 года является настолько неудовлетворительнымъ, какъ въ своихъ основныхъ положеніяхъ, такъ и въ отдѣльныхъ частныхъ постановленіяхъ, что улучшить его внесеніемъ отдѣльныхъ измѣненій представляется невозможнымъ[1]). Было рѣшено составить совершенно новый проектъ, который и появился въ 1864 году. Но этому проекту не суждено было стать

[1]) Объяснительная записка къ проекту устава о несостоятельности 1889 года.

Digitized by Google

закономъ; въ виду предстоящей судебной реформы, которая, какъ предполагалось, должна была коснуться и торговаго судопроизводства, мысль объ изданіи новаго детальнаго положенія о несостоятельности, была отложена, до проведенія послѣдней реформы и было рѣшено составить проектъ лишь главныхъ основаній для производства дѣлъ о торговой несостоятельности. Проектъ этотъ былъ выработанъ въ 1869 году и разосланъ для обсужденія купечеству и коммерческимъ судамъ. Вмѣстѣ съ поступившими отзывами онъ былъ отпечатанъ, но дальнѣйшаго движенія не получилъ.

Лишь въ 1877 году вновь приступили къ подготовительнымъ работамъ по составленію устава о несостоятельности, и на бывшаго предсѣдателя С.-Петербургскаго коммерческаго суда Н. А. Тура была по Высочайшему повелѣнію возложена обязанность собрать свѣдѣнія о законодательствѣ и практикѣ другихъ государствъ по конкурсному праву. На основаніи собраннаго матеріала Н. А. Туромъ и былъ въ 1888 году составленъ новый проектъ устава о несостоятельности. Проектъ этотъ подвергся обсужденію въ судебныхъ учрежденіяхъ, биржевыхъ комитетахъ, университетахъ и состоявшихъ при нихъ юридическихъ обществахъ, а затѣмъ въ исправленной второй редакціи былъ отпечатанъ въ 1896 году. Но и этотъ проектъ постигла участь предыдущихъ.

Съ 1832 года у насъ издавались отдѣльные законы въ области конкурснаго права, но существенныхъ измѣненій и исправленій въ общій порядокъ конкурснаго производства они не внесли. Одни изъ нихъ, какъ временныя правила 1 іюля 1868 года о производствѣ дѣлъ о несостоятельности торговой и неторговой въ новыхъ судебныхъ установленіяхъ, по основнымъ вопросамъ матеріальнаго и формальнаго конкурснаго права отсылали къ Уставу Судопроизводства Торговаго, т.-е. опять къ Уставу 1832 года. Что касается неторговой несостоятельности, имѣющей въ хозяйственной жизни страны гораздо меньшее значеніе, чѣмъ несостоятельность торговая, то и въ отношеніи нея правила 1 іюля 1868 года содержатъ лишь нѣкоторыя измѣненія: о порядкѣ объявленія судомъ должника несостоятельнымъ и др. Другіе законы, какъ, напримѣръ, законъ 1846 года, въ которомъ отмѣняется прежняя сословная точка зрѣнія и дѣйствіе Устава о торговой несостоятельности распространяется на всѣхъ вообще лицъ, занимающихся торговлей, — конечно, были улучшеніями, но сущности конкурснаго производства и его матеріально-правовыхъ послѣдствій они не затрагивали. Издавались у насъ законы, регулирующіе ликвидацію кредитныхъ учрежденій, страховыхъ и желѣзнодорожныхъ обществъ, но и они, касаясь, въ большинствѣ случаевъ, деталей

Digitized by Google

организаціи конкурснаго производства при ликвидаціи лишь даннаго рода хозяйствъ, не могли, конечно, имѣть большого значенія даже въ тѣхъ случаяхъ, когда вносили улучшеніе и въ основные вопросы конкурснаго права. Такъ, по закону 22 мая 1884 года для объявленія несостоятельнымъ кредитнаго установленія на ряду съ неоплатностью, признакомъ, устанавливаемымъ общимъ законодательствомъ, вводится, какъ признакъ, и прекращеніе платежей,— признакъ, котораго придерживаются иностранныя законодательства. Итакъ, въ результатѣ, несмотря на всѣ начинанія, конкурсный процессъ въ общемъ попрежнему регулируется Уставомъ 1832 года.

Между тѣмъ явленія, которыя призвано нормировать конкурсное право, играютъ важное, все увеличивающееся значеніе въ современной хозяйственной жизни. Конечно, случаи несостоятельности встрѣчаются въ самые отдаленные періоды развитія хозяйственной жизни, но тѣхъ размѣровъ, которые наблюдаются теперь, они достигли только въ XIX столѣтіи въ связи съ капиталистической формой хозяйства. Современный торговый оборотъ основанъ на кредитѣ; отсюда тѣсная связь финансовыхъ операцій, тѣсная зависимость благополучія одного хозяйства отъ положенія дѣлъ другого. Крахъ одного предпріятія влечетъ за собой разстройство дѣлъ въ цѣломъ рядѣ соприкасающихся съ нимъ хозяйствъ. Съ другой стороны, при современной организаціи хозяйства, основанной на частной конкуренціи, на сбытѣ на рынокъ съ необезпеченнымъ заранѣе спросомъ, положеніе отдѣльнаго предпріятія стало менѣе прочнымъ, зависящимъ отъ цѣлаго ряда обстоятельствъ, вызванныхъ обще-экономическими причинами, а не личными качествами, виной самого предпринимателя.

Статистика всѣхъ государствъ показываетъ, что ежегодное число несостоятельностей постоянно возрастаетъ, что экономическіе кризисы и общественно-политическія событія не только въ данной, но и въ другихъ странахъ, вызываютъ быстрое повышеніе кривой числа несостоятельностей. Во Франціи въ 1840 году было объявлено 2618 несостоятельностей, въ 1860 году — 4041, въ 1880 году — 6295 и въ 1900 году, — 9294, т.-е. за каждое двадцатилѣтіе число несостоятельностей возрастало, приблизительно, на 50%[1]). Въ связи съ этимъ ни одинъ отдѣлъ торговаго права не привлекалъ такъ къ себѣ въ XIX столѣтіи и особенно во второй его половинѣ вниманія законодателя, какъ конкурсное право. Даже Англія при всей ея несклонности къ законодательнымъ актамъ со времени устава

[1]) I. Percerou, Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires, томъ I, стран. 80—81.

Digitized by Google

1825 года опубликовала 43 закона, касающихся вопроса о несостоятельности. «Англійское законодательство», говоритъ Герчеръ, «отличающееся и по настоящее время большимъ консерватизмомъ, именно въ этой области проявило поразительную подвижность; черезъ сравнительно небольшіе промежутки одинъ за другимъ появлялись законы, содержащіе или отдѣльныя измѣненія, или представляющіе даже цѣлые новые уставы по конкурсному праву»[1]).

Энергичную борьбу различныхъ общественныхъ группъ вызвало конкурсное законодательство во Франціи. Въ 80-хъ годахъ прошлаго столѣтія одинъ за другимъ вносились проекты въ палату депутатовъ, пытающіеся смягчить слишкомъ тяжелыя для должника постановленія конкурснаго устава 1838 года. Теоретическія и статистическія изслѣдованія показали, что несостоятельность, въ большинствѣ случаевъ, вызывается общими экономическими причинами, а не злостными намѣреніями должника. Предъ законодателемъ была поставлена задача организовать конкурсное производство для добросовѣстнаго должника на болѣе благопріятныхъ началахъ. Надлежитъ отмѣтить проекты С.-Мартена, Вадингтона, Дотрема, Леконта, Лароза, Мильерана; первый предлагалъ совершенно отмѣнить современное конкурсное производство, замѣнивъ его отсрочкой въ платежахъ и мировымъ соглашеніемъ съ кредиторами[2]).

Потребность въ реформѣ конкурснаго законодательства въ Россіи, твердо ставшей на путь капиталистическаго развитія, особенно рѣзко стала ощущаться въ послѣднее время. Событія 1905 года, съ одной стороны, несомнѣнно, двинули страну впередъ въ области промышленности и торговли, но съ другой, общественныя движенія послѣднихъ лѣтъ не могли не отозваться на прочности отдѣльныхъ предпріятій. Въ результатѣ число несостоятельностей чрезвычайно возросло. Въ 1911 году было прекращено платежей на 207.874.000 рублей[3]). Въ этомъ же году при Московскомъ биржевомъ комитетѣ были допущены администраціи надъ предпріятіями, задолженность которыхъ равнялась 14.394.279 руб. 75 коп.[4]). Указанное положеніе дѣлъ побудило вновь приступить къ работѣ по пересмотру Устава о несостоятельности, оставленной со времени проекта 1896 года. На этотъ разъ иниціатива исходила не отъ правительства, а изъ среды самихъ торговыхъ круговъ и въ частности отъ московскаго

---

[1]) A. Gertscher, Das englische Concursrecht nach dem Gesetze vom 25 August 1883, стран. 3.

[2]) I. Percerou, ibid., томъ I, стран. 39—42.

[3]) А. Трайнинъ, Несостоятельность и банкротство, стран. 32.

[4]) См. справка къ проекту правилъ объ администраціяхъ по торговымъ и промышленнымъ дѣламъ, внесенному Министерствомъ Торговли и Промышленности въ 4-ю Государственную Думу.

Digitized by Google

купечества. При Московскомъ биржевомъ комитетѣ была избрана особая комиссія, которая и занялась разработкой необходимыхъ измѣненій Устава Судопроизводства Торговаго и преимущественно вопросомъ объ администраціяхъ по торговымъ дѣламъ. Выработанный въ маѣ 1909 года проектъ по обсужденію въ совѣтѣ съѣздовъ представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства былъ внесенъ въ Министерство Торговли и Промышленности. Послѣднее, нѣсколько переработавъ его, уже въ 1912 году внесло въ Государственную Думу подъ названіемъ «Проектъ правилъ объ администраціяхъ по торговымъ и промышленнымъ дѣламъ». Проектъ этотъ содержитъ и нѣсколько статей, касающихся несостоятельности, а именно, опредѣляетъ понятіе торговой несостоятельности и указываетъ, такъ наз., признаки послѣдней.

На ряду съ комиссіей, организованной при Московскомъ биржевомъ комитетѣ въ Москвѣ, въ концѣ 1908 года представителями крупныхъ торговыхъ и промышленныхъ фирмъ былъ организованъ «Московскій временный комитетъ по изысканію мѣръ противъ неплатежей». Указанный комитетъ въ 1912 году выработалъ проектъ объ измѣненіи производства дѣлъ о несостоятельности, который и былъ внесенъ на обсужденіе VII съѣзда представителей биржевой торговли и сельскаго хозяйства, происходившаго въ С.-Петербургѣ въ январѣ текущаго года. На съѣздѣ проектъ подвергся лишь общему обсужденію, при чемъ съѣздъ, въ общемъ согласившись съ проектомъ, отвергъ предлагаемое его составителями объединеніе правилъ о торговой и неторговой несостоятельности и обязательную отдачу подъ стражу должника, объявленнаго несостоятельнымъ. Послѣ болѣе детальнаго разсмотрѣнія въ совѣтѣ съѣздовъ, проектъ объ измѣненіи производства дѣлъ о несостоятельности предполагается въ ближайшемъ будущемъ внести въ Министерство Торговли и Промышленности и черезъ послѣднее — въ Государственную Думу. Такимъ образомъ, въ настоящее время имѣются два законопроекта, въ совокупности охватывающіе все общее конкурсное законодательство.

Область, затронутая указанными проектами, имѣетъ важное значеніе въ хозяйственной жизни, и насущной задачей нашей юриспруденціи является принятіе живѣйшаго участія въ разработкѣ выдвинутыхъ вопросовъ. Нижеслѣдующій критическій разборъ указанныхъ проектовъ и является посильной попыткой въ этомъ направленіи.

* * *

Организація конкурснаго процесса и тѣ матеріальныя послѣдствія, которыя онъ вызываетъ въ частно-правовыхъ отношеніяхъ,

Digitized by Google

затронутыхъ этимъ процессомъ лицъ, выдвигаютъ столько вопросовъ, разрѣшеніе которыхъ возможно лишь путемъ положительнаго законодательства, что на Западѣ конкурсному праву посвящены цѣлые кодексы, заключающіе въ себѣ по нѣсколько сотъ статей и представляющіе болѣе или менѣе стройныя, цѣлостныя системы. Такъ, Швейцарскій конкурсный уставъ содержитъ 335 статей, Венгерскій — 261 статью, Германскій — 244 статьи, при чемъ оба послѣдніе устава сдѣлали интересную попытку, правда, не вполнѣ удавшуюся въ смыслѣ послѣдовательности, раздѣлить всѣ нормы на двѣ части: одну — касающуюся матеріальнаго, другую — процессуальнаго конкурснаго права. Оставляя въ сторонѣ споръ о томъ, возможно ли установить двѣ особыя системы нормъ конкурснаго права, подобно гражданскому праву и гражданскому процессу[1]), должно отмѣтить, что въ настоящее время почти во всѣхъ странахъ мы встрѣчаемъ уставы, въ той или иной системѣ охватывающіе всѣ постановленія по конкурсному праву.

По сравненію съ ними, наше законодательство представляетъ печальную хаотическую картину. Нормы конкурснаго не только матеріальнаго, но и процессуальнаго права разбросаны по всему Своду Законовъ. Такъ, постановленія, касающіяся ограниченія въ правахъ несостоятельнаго должника, встрѣчаются въ цѣломъ рядѣ статей I, II, III, IV, IX, X и другихъ томовъ; при этихъ условіяхъ даже лицу, хорошо знакомому съ нашимъ законодательствомъ, трудно оріентироваться во всѣхъ этихъ ограниченіяхъ. Статьи, говорящія о вліяніи объявленія должника несостоятельнымъ на сдѣлки, заключенныя послѣднимъ, мы встрѣчаемъ не только въ Уставѣ Судопроизводства Торговаго и въ Законахъ Гражданскихъ, но и въ Уставѣ Таможенномъ, Уставѣ объ Управленіи Казенными Имѣніями и др. Самое конкурсное производство организуется у насъ на разнообразныхъ началахъ: при коммерческихъ судахъ по правиламъ Устава Судопроизводства Торговаго, при окружныхъ — по правиламъ, изложеннымъ въ III приложеніи къ 1400 статьѣ Устава Гражданскаго Судопроизводства; общій порядокъ производства измѣненъ въ отношеніи кредитныхъ установленій, желѣзнодорожныхъ и страховыхъ обществъ.

Но, независимо отъ такой разбросанности матеріала, существующія у насъ постановленія, несмотря на сравнительно большое

---

[1]) Въ германской литературѣ за раздѣленіе конкурснаго права на матеріальное и процессуальное высказался H e l l m a n n, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, стран. 2, изд. 1907 г., противъ F i t t i n g, Des Reichs-Konkursrecht und Kankursverfahren, стран. 24, изд. 1904 года.

Digitized by Google

количество статей, являются далеко недостаточными; цѣлый рядъ вопросовъ конкурснаго права совершенно не затронутъ нашимъ законодательствомъ. Конечно, едва ли законодатель можетъ ставить себѣ задачей предусмотрѣть и положительно разрѣшить всѣ возможные вопросы, связанные съ конкурсными отношеніями — рядъ вопросовъ, исходя изъ общихъ началъ, можетъ и должна разрѣшить судебная практика. Но есть вопросы, и таковыхъ особенно много въ области конкурснаго права, которые могутъ быть разрѣшены лишь въ порядкѣ положительнаго законодательства, такъ какъ правильный отвѣтъ на нихъ связанъ съ отмѣной или видоизмѣненіемъ общегражданскихъ правовыхъ положеній. Въ силу объявленія должника несостоятельнымъ, обязательства, коимъ срокъ еще не наступилъ, считаются просроченными; но каково положеніе въ конкурсѣ кредиторовъ по условнымъ обязательствамъ? Являются ли сдѣлки съ третьими лицами, совершонныя должникомъ послѣ объявленія несостоятельности, недѣйствительными, (Итальянскій торговый кодексъ, § 707) или онѣ только опровержимы со стороны конкурсныхъ кредиторовъ (Германскій конкурсный уставъ, § 6)? Опровержимо ли, совершонное должникомъ до объявленія несостоятельности, дарственное отчужденіе движимаго имущества въ пользу дѣтей или родственниковъ? Всѣ эти и многіе другіе вопросы не находятъ отвѣта въ нашемъ законодательствѣ, практика же, какъ, напримѣръ, въ вопросѣ о недѣйствительности или опровержимости сдѣлокъ, совершонныхъ послѣ объявленія несостоятельности, колеблется, не имѣя подъ ногами твердой законодательной почвы[1]).

Наконецъ, что касается имѣющихся у насъ постановленій какъ въ области процессуальнаго, такъ и матеріальнаго конкурснаго права, то они настолько устарѣли и не соотвѣтствуютъ началамъ, выработаннымъ въ теоріи и уже воспринятымъ другими законодательствами, что подлежатъ коренному пересмотру. Такъ, напримѣръ, постановленія объ опроверженіи дѣйствій, совершонныхъ должникомъ до объявленія несостоятельности, объ обязательномъ личномъ задержаніи несостоятельнаго должника, о составѣ конкурснаго управленія и др. Стоитъ обратиться хотя бы къ такому вопросу, какъ объявленіе несостоятельнымъ лица умершаго, учрежденіе особаго конкурса надъ наслѣдственной массой, которому другія законодательства посвящаютъ цѣлые отдѣлы[2]), чтобы

---

[1]) См. рѣшенія Гражд. Касс. Деп., 1886 г., № 7, 1896 г., № 19, 1903 года, № 22.

[2]) Германскій Конкурсный Уставъ, §§ 214—236.

Digitized by Google

увидѣть всю неудовлетворительность и неясность постановленій нашего права[1]).

Изъ изложеннаго ясны тѣ задачи, которыя должны были бы поставить себѣ составители проекта устава о несостоятельности: они должны были бы собрать воедино всѣ разбросанныя постановленія нашего законодательства, переработать существующія постановленія и восполнить многочисленные пробѣлы, т.-е., другими словами, не ограничиваться отдѣльными измѣненіями, а создать новый кодексъ. Указанныя задачи были совершенно ясны еще въ 1847 году Второму Отдѣленію Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи, которая, какъ уже было отмѣчено, нашла, что нельзя ограничиться отдѣльными измѣненіями, а необходимо составить новый уставъ.

Московскій временный комитетъ по изысканію мѣръ противъ неплатежей въ своемъ проектѣ измѣненій производства дѣлъ о несостоятельности уклонился отъ этой задачи и рѣшилъ ограничиться лишь измѣненіемъ «основныхъ недостатковъ» дѣйствующихъ правилъ о несостоятельности[2]). Конечно, всякое, хотя бы частичное улучшеніе законодательства должно привѣтствовать, но, съ другой стороны, такое частичное улучшеніе имѣетъ и отрицательное значеніе. Законодательные акты издаются не каждый день, и принятіе нашими законодательными учрежденіями лишь отдѣльныхъ исправленій дѣйствующаго права надолго бы отодвинуло общій, коренной пересмотръ законовъ о несостоятельности, необходимость котораго была сознана еще въ 1847 году. Тѣмъ болѣе, что составители указаннаго проекта остановились лишь на очень немногихъ недостаткахъ нашего конкурснаго права, и притомъ лишь относящихся, главнымъ образомъ, къ области конкурснаго производства, существенныхъ же и чрезвычайно важныхъ недостатковъ нашего матеріальнаго конкурснаго права они и не коснулись. Въ этомъ отношеніи должно признать, что работа, предпринятая Московскимъ временнымъ комитетомъ, оказалась ему не по силамъ, и стоитъ ниже проектовъ Устава о несостоятельности 1889 и 1896 годовъ, составленныхъ Н. А. Туромъ.

Но послѣдуемъ за составителями проекта и обратимся къ тѣмъ предлагаемымъ ими основнымъ измѣненіямъ, которыя, на ихъ взглядъ, послужили бы «къ устраненію злоупотребленія кредитомъ,

---

[1]) Въ нашемъ законодательствѣ этому вопросу посвящены статьи приложенія къ 1238 статьѣ Законовъ Гражданскихъ, заимствованныя изъ Устава о банкротахъ 19 декабря 1800 года.

[2]) Объяснительная записка къ проекту, стран. 22.

Digitized by Google

къ установленію дѣйствительной охраны интересовъ кредиторовъ и большей устойчивости нашего коммерческаго оборота»[1]).

Первый вопросъ, на которомъ остановились составители проекта — это вопросъ объ основаніяхъ открытія несостоятельности. Поскольку изъ отдѣльныхъ постановленій нашего законодательства можно вывести общее положеніе, оно придерживается признака неоплатности, т.-е. удостовѣренной недостаточности имущества должника для полнаго удовлетворенія всѣхъ его долговъ. По статьѣ 386 Уст. Суд. Торг. «Торговою несостоятельностью признается, когда кто-либо по торговлѣ... придетъ въ такое дѣлъ положеніе,... что всего имущества его для полнаго ихъ (долговъ) уплаты будетъ недостаточно». Но опредѣливъ несостоятельность, въ послѣдующихъ статьяхъ законъ говоритъ уже о «признакахъ торговой несостоятельности» (ст. 404 Уст. Суд. Торг.); если несостоятельность есть неоплатность, то отсюда, логически, признаки несостоятельности не могутъ быть неоплатностью, они лишь должны служить предположеніемъ наличности послѣдней. Такимъ логическимъ путемъ приходятъ къ выводу, что и у насъ признакомъ несостоятельности является не неоплатность, а неплатежноспособность, прекращеніе платежей— какъ фактъ, лишь свидѣтельствующій о неоплатности[2]). Но съ такимъ выводомъ нельзя согласиться: нашему законодательству техническое понятіе «признаковъ» несостоятельности, какъ оно употребляется на западѣ, чуждо. Когда наше законодательство говоритъ о «признакахъ несостоятельности», то, по существу, здѣсь дѣло идетъ не о признакахъ, т.-е. о внѣшнихъ обстоятельствахъ, вызывающихъ предположеніе о наличности несостоятельности, а о случаяхъ, когда вообще можетъ быть возбужденъ вопросъ о несостоятельности. Такъ, напримѣръ, какъ на одинъ изъ признаковъ несостоятельности должника «по состоянію его имущества» законъ (ст. 407 п. 2 Уст. Суд. Торг.) указываетъ на слѣдующій случай: «Когда при оцѣнкѣ или продажѣ имущества по иску заимодавца безъ залога, вступятъ въ судъ отъ другихъ заимодавцевъ просьбы съ показаніемъ, что на удовлетвореніе ихъ долговъ, хотя сроки ихъ еще не настали, остального имущества должника будетъ недостаточно». Ясно, что заимодавцы должны доказать, что имущества должника будетъ недостаточно для погашенія ихъ претензій, т.-е. неоплатность должника; законъ же лишь устанавливаетъ здѣсь случай, когда такую неоплатность

[1]) Основныя положенія проекта объ измѣненіи производства дѣлъ о несостоятельности. Москва, 10 декабря 1912 года.

[2]) Проф. Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, томъ IV, стран. 153.

Digitized by Google

могутъ доказывать кредиторы, срокъ претензій которыхъ еще не наступилъ. Въ этомъ отношеніи наше законодательство примыкаетъ къ англійскому, дѣлающему исключительный перечень случаевъ, когда должникъ можетъ быть объявленъ несостоятельнымъ (Англійскій конк. уставъ 1884 г., ст. 4). Лишь какъ исключеніе, признакъ неоплатности — прекращеніе платежей установленъ у насъ для объявленія несостоятельнымъ кредитнаго установленія (Уставъ Кредитный, разд. X, ст. 138)[1]).

Между тѣмъ литература давно уже почти единогласно отвергла неоплатность, какъ поводъ къ открытію несостоятельности и, высказалась за неплатежеспособность, внѣшнимъ признакомъ которой служитъ прекращеніе платежей. Я не буду разбирать доводы сторонниковъ того или другого основанія открытія несостоятельности, которые можно найти въ любомъ курсѣ конкурснаго права[2]), отмѣчу лишь, что жизнь подтвердила соображенія теоріи. По офиціальнымъ статистическимъ даннымъ французскаго министерства юстиціи, во Франціи въ 1894 году изъ общаго числа несостоятельностей 6745, открытыхъ по признаку прекращенія платежей, лишь въ 35 случаяхъ оказалось, что имущество было достаточно для полнаго покрытія претензій; въ 1902 году изъ 6588 въ 73 случаяхъ; въ 1903 году изъ 1565 несостоятельностей, объявленныхъ Сенскимъ коммерческимъ судомъ, активъ должника превышалъ его пассивъ въ 21 случаѣ, то-есть лишь въ одномъ съ небольшимъ процентахъ случаевъ признакъ прекращенія платежей не отвѣчалъ дѣйствительному положенію дѣлъ. Между тѣмъ такіе отдѣльные случаи неправильнаго по существу открытія несостоятельностей возможны и при объявленіи ея лишь при условіи удостовѣренной неоплатности.

Нынѣ признака прекращенія платежей, какъ основанія къ объявленію несостоятельности, придерживаются почти всѣ законодательства; неоплатность сохранилась лишь въ отношеніи неторговой

---

[1]) Для избѣжанія возможной неясности позволю себѣ еще разъ подчеркнуть различіе между тремя понятіями: неоплатностью, неплатежеспособностью, прекращеніемъ платежей. Подъ неоплатностью слѣдуетъ разумѣть превышеніе пассива имущества надъ активомъ. Неплатежеспособность есть такое имущественное состояніе должника, когда онъ оказывается не въ состояніи исполнять лежащія на немъ денежныя обязательства. Активъ можетъ превышать пассивъ, но, въ виду того, что активъ заключается въ требованіяхъ къ третьимъ лицамъ, должникъ можетъ оказаться неплатежеспособнымъ. Обратно, пассивъ можетъ превышать активъ, но, въ виду того, что должникъ пользуется кредитомъ, неплатежеспособности нѣтъ. Прекращеніе платежей является обычнымъ признакомъ неплатежеспособности, но послѣдняя можетъ быть установлена и внѣ его наличности.

[2]) Проф. Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, томъ IV, страницы 148—152. Туткевичъ, Что есть торговая несостоятельность, стран. 76.

Digitized by Google

несостоятельности тамъ, гдѣ законодательства отдѣляютъ ее отъ несостоятельности торговой.

Признакъ прекращенія платежей предлагаютъ ввести и составители разсматриваемаго проекта. Но мало высказаться за него, — онъ общепризнанъ; вопросъ въ томъ, въ какой формѣ провести его въ законодательство, и въ этомъ отношеніи нельзя согласиться съ постановленіями проекта. Отношенія между отдѣльными хозяйствами носятъ нынѣ преимущественно кредитный характеръ; отсюда прекращеніе платежей, съ одной стороны тяжело отражается на другихъ хозяйствахъ, а съ другой — обычно свидѣтельствуетъ о серіозномъ разстройствѣ дѣлъ должника. Но возможны случаи, когда хозяйство уже разорено, когда фактически должникъ уже является неплатежеспособнымъ, но, путемъ возможныхъ изворотовъ, платежъ срочныхъ платежей, хотя бы посредствомъ полнаго обезцѣниванія имущества, не прекращается. Съ другой стороны, иногда, отдѣльные срочные неплатежи не свидѣтельствуютъ объ общей неплатежеспособности. Нельзя совершенно отнять у суда право рѣшать вопросъ объ открытіи несостоятельности въ связи съ обстоятельствами даннаго конкретнаго случая. Поэтому цѣлесообразнымъ представляется постановленіе Германскаго конкурснаго устава (§ 102): «Открытіе конкурснаго производства предполагаетъ неплатежеспособность должника; неплатежеспособность, въ особенности, налицо тогда, когда должникъ прекратилъ платежи». Благодаря такому постановленію, судъ не связанъ фактомъ прекращенія платежей, если съ очевидностью будетъ установлено, что данное прекращеніе платежей не вызвано общей неплатежеспособностью, ибо, какъ правильно указываютъ мотивы къ Германскому конкурсному уставу[1]), прекращеніе платежей имѣетъ значеніе, именно, потому, что оно служитъ внѣшнимъ признакомъ неплатежеспособности.

Въ противоположность германскому, французское право прямо постановляетъ: «всякій купецъ, прекратившій свои платежи, является несостоятельнымъ» (art. 437 Code de commerce). Казалось бы, текстъ статьи не даетъ возможности признать должника несостоятельнымъ внѣ случая прекращенія платежей, и обратно — прекращеніе платежей обязательно должно влечь за собой несостоятельность. Но практика, слѣдуя запросамъ жизни, разъяснила 437-ю статью торговаго кодекса въ томъ смыслѣ, что прекращеніе платежей является не единственнымъ, а обычнымъ признакомъ несостоятельности[2]).

[1]) Motive, II Band, стран. 323—324.
[2]) Dalloz, 1867, I, 183; 1878, I, 83; 1894, II, 22.

Digitized by Google

Между тѣмъ составители проекта избрали худшую систему: подобно французскому праву статья 404-я проекта постановляетъ: «Должникъ... признается несостоятельнымъ, когда онъ прекратилъ платежи...» Правда, статья 405-я указываетъ два случая, когда суду предоставляется право объявить должника несостоятельнымъ и безъ прекращенія имъ платежей по отношенію къ данному кредитору, а именно, «когда имущество должника будетъ описано или назначено въ продажу по иску кредитора безъ залога», и «когда должникъ скроется отъ кредиторовъ, не распорядивъ дѣлъ своихъ на случай отсутствія». Но приведенныя исключенія не касаются именно того случая, обычно приводимаго изслѣдователями вопроса, когда несостоятельность налицо, несмотря на то, что должникъ не скрылся и не прекратилъ платежей. Между тѣмъ самое приведеніе исключеній устраняетъ для практики возможность исправленія статьи 404-й и толкованія признака прекращенія платежей лишь какъ о б ы ч н а г о; статья 405-я въ сопоставленіи съ 404-й должна окончательно связать руки суду.

Наконецъ, нельзя согласиться и съ самымъ содержаніемъ вышеприведенныхъ исключеній. Дѣйствующее законодательство (статья 407 п. 2 Устава Суд. Торг.) также содержитъ постановленіе о томъ, что въ случаѣ, если по иску заимодавца безъ залога будетъ производиться оцѣнка или продажа имущества должника, то прочіе кредиторы, хотя бы сроки ихъ требованій и не настали, имѣютъ право просить объ объявленіи должника несостоятельнымъ, но, согласно дѣйствующему принципу неоплатности, лишь при условіи доказательства, что остального имущества должника на ихъ удовлетвореніе не хватитъ. Составители проекта отбросили требованіе доказательства неоплатности, но ничѣмъ его не замѣнили. Отсюда получается, согласно статьѣ 405-й проекта, что достаточно, чтобы кто-либо только описалъ имущество должника, по какимъ бы причинамъ это ни произошло, чтобы лицо, можетъ-быть вполнѣ состоятельное, было признано несостоятельнымъ по требованію кредиторовъ, срокъ претензій которыхъ еще и не наступилъ. Нормы конкурснаго права, устанавливающія полную ликвидацію хозяйства должника и равномѣрное распредѣленіе его имущества между кредиторами, вводятся законодательствомъ въ цѣляхъ поддержанія хозяйственной жизни съ тѣмъ, чтобы ущербъ, понесенный отъ гибели одного хозяйства, былъ разложенъ на цѣлый рядъ хозяйствъ, а не палъ цѣликомъ на какое-нибудь одно изъ нихъ. Но законодательство не можетъ ставить себѣ задачей уничтоженіе вполнѣ жизнеспособныхъ хозяйственныхъ единицъ, между тѣмъ такія послѣдствія вполнѣ возможны

Digitized by Google

при примѣненіи статьи 405-й проекта, составители котораго, вообще, слишкомъ увлеклись въ преслѣдованіи несостоятельныхъ должниковъ, давая возможность открывать конкурсное производство тамъ, гдѣ въ немъ нѣтъ даже никакой надобности. Непріемлема и статья 406-я, устанавливающая случаи, когда должникъ безусловно долженъ быть объявленъ несостоятельнымъ, хотя бы по дѣлу была вполнѣ установлена его имущественная состоятельность. Къ такимъ случаямъ проектъ причисляетъ, напримѣръ, непроизводство должникомъ платежа по исполнительному листу по вручении повѣстки объ исполненіи. Составителямъ проекта была извѣстна точка зрѣнія лучшихъ конкурсныхъ законодательствъ, вполнѣ оправдавшаяся на практикѣ, отказавшихся отъ перечисленія случаевъ, когда несостоятельность должна быть безусловно открыта. Но они предпочли отвернуться отъ опыта другихъ странъ, сдѣлавъ лишь голословную ссылку на «особенности русскаго торговаго оборота»[1]).

Вмѣсто перечисленія, съ одной стороны, случаевъ, когда несостоятельность открывается и безъ прекращенія платежей (ст. 405 проекта), а съ другой — случаевъ, когда неисполненіе хотя бы единичнаго платежа должно безусловно влечь за собой объявленіе должника несостоятельнымъ (ст. 406 проекта), слѣдовало бы, подобно Германскому конкурсному уставу, установить лишь одно общее основаніе, а именно — неплатежеспособность, сдѣлавъ признакъ послѣдней — прекращеніе платежей не исключительнымъ, а лишь обычнымъ, предоставивъ тѣмъ самымъ суду возможность признавать несостоятельность и при его отсутствіи, и обратно, не признавать, несмотря на то, что онъ налицо.

Составителямъ проекта тѣмъ болѣе слѣдовало стать на эту точку зрѣнія въ виду того, что они объединяютъ торговую и неторговую несостоятельность. Между тѣмъ признакъ — прекращеніе платежей, столь характерный для торговаго оборота и дающій возможность съ большой вѣроятностью судить о дѣйствительномъ положеніи хозяйства, не имѣетъ такого значенія въ общегражданскихъ отношеніяхъ, гдѣ неплатежъ часто можетъ быть явленіемъ вполнѣ случайнымъ и обусловленъ другого рода причинами, чѣмъ несостоятельность.

Еще менѣе удовлетворительными являются постановленія объ основаніяхъ къ открытію несостоятельности, внесеннаго въ Государственную Думу, министерскаго проекта объ администраціяхъ по торговымъ дѣламъ. Проектъ этотъ, оставляя въ силѣ всѣ

---

[1]) Объяснительная записка къ законопроекту, стран. 36.

Digitized by Google

признаки несостоятельности, существующіе въ дѣйствующемъ законодательствѣ, прибавляетъ къ нимъ лишь новый: «должникъ считается несостоятельнымъ, и когда онъ прекратитъ платежи». Выше было уже отмѣчено, что признакъ — прекращеніе платежей въ такой безусловной формѣ непріемлемъ. Кромѣ того, сохраненіе, наряду съ прекращеніемъ платежей, стараго начала неоплатности является нецѣлесообразнымъ. Одно изъ двухъ: или фактъ прекращенія платежей сдѣлаетъ излишнимъ устанавливаемое въ другихъ статьяхъ прежнее требованіе доказательства неоплатности (напримѣръ 1 и 2 пункты 407 статьи Уст. Суд. Торг.), или, если практика будетъ придерживаться старыхъ неотмѣненныхъ постановленій закона, то признакъ, прекращеніе платежей, потеряетъ свое значеніе.

Обратимся теперь къ другому измѣненію, проектируемому Московскимъ временнымъ комитетомъ, а именно, къ сліянію правилъ о торговой и неторговой несостоятельности. Вопросъ этотъ вызываетъ самые горячіе споры въ литературѣ, законодательства же даютъ ему различное разрѣшеніе. Одни, какъ французское, конкурсное производство устанавливаютъ только для купцовъ, къ гражданскимъ же отношеніямъ примѣняютъ лишь общія правила исполнительнаго производства. Неудовлетворительность этой системы признана почти единогласно въ самой Франціи. Достаточно отмѣтить, что французскіе суды, подъ вліяніемъ запросовъ жизни, сами пытались ввести конкурсное производство для некупцовъ (liquidation-séquestre), аналогичное торговому конкурсу, но кассаціонная инстанція признала такія попытки незаконными[1]).

Большинство законодательствъ устанавливаютъ конкурсное производство, какъ для торговыхъ отношеній, такъ и для гражданскихъ, при чемъ одни, какъ Австрія, Венгрія, Швейцарія, проводятъ различіе въ самомъ законодательствѣ между торговой и неторговой несостоятельностью, другія, какъ Англія, Германія, такого различія не проводятъ. Нельзя отрицать, что между отношеніями, возникшими въ связи съ торговыми оборотами и обще-гражданскими отношеніями существуетъ значительное различіе. Типичный признакъ торговой несостоятельности — прекращеніе платежей, какъ было отмѣчено выше, въ области гражданскихъ отношеній не имѣетъ такого значенія. Въ то время, какъ въ торговой дѣятельности точность исполненія обязательства является существеннымъ элементомъ правильнаго веденія хозяйства, гдѣ непроизводство

[1]) Dalloz, 1876, I, 313; 1890, I, 8.

Digitized by Google

срочныхъ платежей дѣйствительно показываетъ, что хозяйство пришло въ упадокъ, неплатежъ въ срокъ по гражданскому обязательству не можетъ служить дѣйствительнымъ показателемъ общей платежеспособности должника. Такимъ показателемъ въ области гражданскихъ отношеній является неуспѣшность взысканія, сокрытіе должника, совершеніе дѣйствій, направленныхъ къ обману кредиторовъ, признаніе самого должника и проч. Это различіе въ положеніи лицъ, занимающихся и незанимающихся торговлей, учитываетъ даже германское законодательство. Объединяя торговую и неторговую несостоятельность, давая единое основаніе къ открытію несостоятельности, оно принуждено было установить очень общій поводъ — неплатежеспособность, предоставивъ уже суду учитывать различіе ея проявленій при торговой и неторговой несостоятельности, прекращеніе же платежей ввело лишь какъ обычный, но не обязательный признакъ. Полное объединеніе торговой и неторговой несостоятельности въ самомъ поводѣ, служащемъ къ открытію несостоятельности, установило лишь англійское законодательство, которое однако не даетъ одного общаго повода, а приводитъ исключительный перечень случаевъ открытія несостоятельности, безразлично — торговой или неторговой (§ 4 Конкурснаго Устава).

Хотя признаки торговой и неторговой несостоятельности и различны, но разъ по тѣмъ или другимъ соображеніямъ несостоятельность констатирована, нѣтъ уже никакихъ основаній организовать на различныхъ основаніяхъ самое конкурсное производство. Дѣйствительно, большинство законодательствъ, даже придерживающихся раздѣленія торговой несостоятельности отъ неторговой, различіе проводитъ лишь въ этихъ признакахъ, а не въ конкурсномъ производствѣ. Такъ, по швейцарскому конкурсному уставу въ отношеніи лицъ, не занесенныхъ въ торговый регистръ, несостоятельность открывается лишь въ случаяхъ сокрытія должника, обмана кредиторовъ (ст. 190) или собственнаго признанія (ст. 191). Но если несостоятельность открыта, то конкурсное производство совершенно такое же, какъ и въ отношеніи лицъ, занесенныхъ въ торговый регистръ.

Такимъ образомъ, въ сущности, различіе между законодательствами только-что указаннаго типа и германскимъ, сводится къ тому, что первыя пытаются перечислить особо поводы къ открытію несостоятельности торговой и неторговой, а второе, устанавливая общимъ основаніемъ неплатежеспособность, предоставляетъ суду примѣняться къ особенностямъ проявленія торговой и неторговой несостоятельности. Болѣе совершенной приходится признать

Digitized by Google

систему германскую; конечно, чѣмъ менѣе простора для усмотрѣнія суда, тѣмъ лучше, но, съ другой стороны, не представляется возможнымъ дать исчерпывающій перечень признаковъ несостоятельности. Или судъ не будетъ исключительно придерживаться признаковъ, установленныхъ закономъ, или кредиторы очень часто не будутъ въ состояніи добиться у суда организаціи конкурса надъ имуществомъ дѣйствительно несостоятельнаго лица. Но отдать ли предпочтеніе германской или швейцарской системѣ,— одно необходимо, установивъ единство конкурснаго производства, въ той или иной формѣ провести различіе въ поводахъ къ объявленію торговой и неторговой несостоятельности.

Наше законодательство и различаетъ торговую и неторговую несостоятельность, но центръ различія заключается, въ противоположность другимъ законодательствамъ, не въ признакахъ послѣдней, а въ самомъ производствѣ дѣла о несостоятельности и въ нѣкоторыхъ послѣдствіяхъ ея объявленія. По статьѣ 21 прил. III къ 1400 ст. Уст. Гражд. Суд. «Дѣло о несостоятельности неторговой можетъ быть возбуждено, при существованіи признаковъ, указанныхъ въ статьяхъ 405 и 407 Устава Судопроизводства Торговаго»... Поскольку можно говорить объ общемъ основаніи, то таковымъ одинаково, какъ для торговой, такъ и для неторговой несостоятельности является неоплатность. Различіе лишь въ способахъ установленія неоплатности, въ то время, какъ при торговой несостоятельности судъ удовлетворяется или собственнымъ признаніемъ должника или доказательствами, представленными кредиторами, при неторговой несостоятельности онъ, «признавъ заявленіе должника или требованіе кредиторовъ... уважительнымъ,... распоряжается составленіемъ описи и оцѣнки... имуществу должника» (ст. 23 приложенія) и, лишь въ случаѣ подтвержденія неоплатности произведенной оцѣнкой, объявляетъ должника несостоятельнымъ. Однако, въ цѣломъ рядѣ случаевъ (стт. 26, 27 приложенія) такая опись и оцѣнка исключается, и должникъ объявляется несостоятельнымъ и безъ составленія ихъ. Отличается неторговая несостоятельность отъ торговой также тѣмъ, что она не влечетъ за собой обязательнаго задержанія должника; различны и уголовныя послѣдствія неосторожной неторговой несостоятельности, при чемъ, однако, эти послѣдствія примѣняются и къ торговой несостоятельности въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ за отсутствіемъ коммерческихъ судовъ, она подлежитъ вѣдѣнію судовъ окружныхъ.

Наше законодательство проводитъ различіе между торговой и неторговой несостоятельностью, именно тамъ, гдѣ оно можетъ быть съ успѣхомъ устранено, тѣмъ болѣе, что и по существу эти

Digitized by Google

различія незначительны, тамъ же, гдѣ это различіе имѣетъ значеніе, гдѣ оно отвѣчаетъ дѣйствительному положенію дѣла, тамъ наше законодательство его не проводитъ.

У насъ отдѣленіе неторговой несостоятельности отъ торговой связано въ мѣстностяхъ, гдѣ существуютъ коммерческіе суды, съ различной подвѣдомственностью. Это обстоятельство имѣетъ чрезвычайно отрицательное значеніе, возбуждая, въ виду спорности понятія торговыхъ сдѣлокъ, постоянныя пререканія объ обращеніи съ просьбой о несостоятельности въ ненадлежащій судъ. Какъ ни разрѣшать вопросъ о сліяніи или раздѣленіи торговой и неторговой несостоятельности, одно очевидно, что дѣла о несостоятельности какъ той, такъ и другой, должны всѣ направляться въ окружный судъ, тѣмъ болѣе, что нынѣ такое положеніе мы имѣемъ, и безъ особаго вреда для конкурснаго производства, въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ нѣтъ коммерческихъ судовъ.

Какъ же разрѣшаютъ вопросъ о торговой и неторговой несостоятельности составители проекта? Ихъ разрѣшеніе черезчуръ уже просто, они предлагаютъ совершенно уничтожить какое бы то ни было различіе между торговой несостоятельностью, и не только въ самомъ конкурсномъ производствѣ, что является цѣлесообразнымъ, но и въ признакахъ къ открытію несостоятельности, установивъ единымъ признакомъ для обоихъ видовъ несостоятельности — прекращеніе платежей. Такого разрѣшенія вопроса, въ противность ссылкамъ составителей проекта, мы не встрѣчаемъ ни въ одномъ законодательствѣ.

Другимъ вопросомъ, на которомъ составители проекта остановили свое особое вниманіе, и даваемое ими разрѣшеніе котораго является характернымъ для общаго духа всего проекта, являются л и ч н ы я п о с л ѣ д с т в і я д л я д о л ж н и к а о б ъ я в л е н і я н е с о с т о я т е л ь н о с т и.

Если мы обратимся къ средневѣковому конкурсному законодательству, то отличительной чертой его является незначительное число нормъ, касающихся матеріальнаго права, и обиліе уголовныхъ каръ, долженствующихъ обрушиться на голову должника. Въ каждой несостоятельности всегда предполагался злой умыселъ послѣдняго, отсюда всякій должникъ безъ различія, что послужило причиной несостоятельности, по объявленіи ея, заключался подъ стражу. Съ такимъ воззрѣніемъ мы встрѣчаемся и въ началѣ 19 столѣтія во французскомъ торговомъ кодексѣ. Чрезмѣрная тяжесть уголовныхъ послѣдствій и обязательный арестъ должника, почти по единогласному свидѣтельству всѣхъ изслѣдователей вопроса, имѣли самые отрицательные результаты. Должники пускались

Digitized by Google

на всякія изощренія, чтобы скрыть дѣйствительное положеніе дѣлъ и отдалить моментъ объявленія несостоятельности, когда же, наконецъ, объявленіе происходило, то отъ имущества ничего уже не оставалось. Должники скрывались и не являлись по вызову въ судъ, между тѣмъ присутствіе должника имѣетъ огромное значеніе для выясненія состава его имущества. Ренуаръ [1]) приводитъ слѣдующія статистическія данныя: изъ 12272 несостоятельностей, открытыхъ въ теченіе десяти лѣтъ со времени введенія въ дѣйствіе торговаго кодекса, въ 2186 случаяхъ должники не являлись въ судъ по вызову. Уже законъ 1838 года отмѣнилъ постановленія торговаго кодекса и ввелъ обязательный арестъ должника лишь въ случаѣ объявленія несостоятельности по требованію кредиторовъ. Дальнѣйшій шагъ въ этомъ отношеніи сдѣлалъ законъ 1889 года. Нынѣ, во Франціи судьи совершенно перестали выносить постановленія объ арестѣ должниковъ [2]). По германскому конкурсному уставу (§ 101) должникъ подлежитъ аресту лишь въ томъ случаѣ, когда онъ не исполняетъ требованій суда. Итальянское законодательство (торг. код. § 695) связываетъ вообще арестъ должника лишь съ обнаруженіемъ въ его дѣйствіяхъ признаковъ преступленія или проступка, а не съ объявленіемъ несостоятельности.

Дѣйствительно, разъ объявленіе несостоятельности не касается вопроса о преступности дѣйствій должника, то арестъ должника не можетъ разсматриваться какъ наказаніе, цѣль его, значитъ другая: препятствовать должнику скрыться и уклониться отъ дачи показаній, но практика показала, что установленіе въ законодательствѣ обязательнаго ареста, именно, и побуждаетъ должника скрываться.

Даже наше устарѣлое законодательство отмѣнило обязательность ареста при неторговой несостоятельности, составители же проекта дѣлаютъ обязательнымъ арестъ и для послѣдней. Мало того, дѣйствующее законодательство и при торговой несостоятельности, въ случаѣ объявленія послѣдней въ силу признанія самаго должника, при извѣстныхъ условіяхъ освобождаетъ должника отъ ареста (ст. 410 Уст. Суд. Торг.), составители проекта нашли нужнымъ отмѣнить и эту льготу для должника. Несмотря на указаніе и литературы и практики, что подобныя карательныя мѣры ведутъ лишь къ обратному результату, составители проекта примкнули къ воззрѣнію, оставленному сто лѣтъ тому назадъ; къ счастью на съѣздѣ въ текущемъ году въ Петербургѣ представители торгово-промышленнаго класса высказали болѣе передовые взгляды,

[1]) Renouard, Traité des faillites, стран. 425, изд. 1857 г.
[2]) Percerou, Des faillites et banqueroutes, стран. 417, изд. 1909 года.

Digitized by Google

чѣмъ московскій временный комитетъ, и отвергли обязательное задержаніе должника по объявленіи его несостоятельнымъ.

Оставляя до слѣдующей статьи дальнѣйшій разборъ проекта, остановлюсь лишь на постановленіи о несостоятельности товарищества. «Съ объявленіемъ несостоятельными Торговыхъ Домовъ въ образѣ полнаго товарищества или товарищества на вѣрѣ» гласитъ ст. 409[1] проекта «тѣмъ самымъ объявляются несостоятельными и входящіе въ ихъ составъ полные товарищи, безъ особаго вызова таковыхъ въ судъ».

Неплатежеспособность товарищества не можетъ служить показателемъ состоятельности каждаго отдѣльнаго товарища. То обстоятельство, что товарищи не пополняютъ изъ личныхъ средствъ дефицитъ товарищества, не свидѣтельствуетъ о томъ, что таковыхъ средствъ у нихъ не имѣется; они могутъ воздержаться отъ такого пополненія, желая прекратить предпріятіе. «Было бы жестоко, чрезмѣрно жестоко, говоритъ Колеръ, обязать товарища для поддержанія нежизнеспособнаго предпріятія и спасенія его отъ конкурса приносить большія жертвы» [1]). Наша практика, исходя изъ взгляда на товарищество, какъ на юридическое лицо, обладающее самостоятельнымъ имуществомъ, также не распространяетъ его несостоятельности на товарищей [2]). Но что значитъ для составителей проекта теоретическія соображенія, приводимыя нашей судебной практикой, когда они одушевлены стремленіемъ всюду открывать несостоятельность даже тамъ, гдѣ ея и нѣтъ въ дѣйствительности, гдѣ имъ представляется возможность наложить уголовную кару на товарищество, путемъ одновременнаго признанія несостоятельными и товарищей.

Д. М. Генкинъ.

---

[1]) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, стран. 78, изд. 1891 г.

[2]) Рѣшеніе Гражд. Касс. Деп. 1907 г., № 48.

Digitized by Google

Зданія на арендованной землѣ въ законѣ и судебной практикѣ.

Закономъ 23 іюня 1912 года о правѣ застройки урегулированъ одинъ изъ больныхъ вопросовъ нашего гражданскаго права. Но это еще не значитъ, что съ изданіемъ этого закона потеряли значеніе и устранены тѣ недоумѣнія, которыя создались въ правовомъ положеніи собственниковъ строеній на арендованной землѣ. Не касаясь вопроса о томъ, возможно ли послѣ изданія закона 23 іюня 1912 года заключеніе арендныхъ договоровъ на землю подъ застройку, или возможно только установленіе права застройки по правиламъ указаннаго закона, и того, насколько арендные договоры сохранятся въ жизни, достаточно указать, что еще долгое время будутъ дѣйствовать договоры, заключенные до опубликованія закона 23 іюня 1912 года, а слѣдовательно, еще долгое время передъ судомъ будутъ возникать всѣ тѣ споры, которымъ не предвидѣлось конца до сихъ поръ, и которые болѣзненно отражаются на интересахъ сторонъ,. въ виду неопредѣленности положенія, занимаемаго собственникомъ строеній на арендованной землѣ. Спросите юриста-практика, къ движимому или недвижимому имуществу относятся зданія на арендованной землѣ, и, будетъ ли этотъ вопросъ разрѣшаться въ конторѣ нотаріуса, въ кабинетѣ адвоката или въ засѣданіи суда, отвѣтъ будетъ одинъ: «зданіе на арендованной землѣ — имущество движимое». Въ подкрѣпленіе будетъ сдѣлана ссылка на рядъ Сенатскихъ рѣшеній, среди которыхъ назовутъ рѣшенія Общаго Собранія отъ 1881 года, № 47, рѣшенія Гражданскаго Кассаціоннаго Денартамента отъ 1894 года, № 76, 1901 года, № 6, 1902 года, № 62, 1908 года, № 68, но не будетъ ссылки на законъ, если же о законѣ и упомянутъ, то развѣ въ такихъ, приблизительно, выраженіяхъ: «хотя 384 ст. X т. ч. I гласитъ, что недвижимыми имуществами признаются по закону земли и всякія угодья, дома и т. д., но сенатская практика установила иное положеніе». Съ тѣмъ же вопросомъ въ Казенную

Digitized by Google

Палату обращается собственникъ зданія на арендованной землѣ, получившій окладной листъ на уплату государственнаго налога съ недвижимыхъ имуществъ въ городахъ, ссылается на Сенатскія разъясненія, отвѣтъ получается другой. Въ этомъ учрежденіи ему показываютъ уже законъ «о государственномъ налогѣ съ недвижимыхъ имуществъ въ городахъ, посадахъ и мѣстечкахъ» (Собраніе Узак. отъ 3 іюля 1910 г., № 113, ст. 1199) и онъ своими глазами читаетъ въ 1-й статьѣ Положенія, что указанный налогъ съ недвижимыхъ имуществъ взимается вообще съ «жилыхъ домовъ» и т. д., а въ статьѣ 8-й видитъ, что въ случаѣ нахожденія на земельномъ участкѣ, принадлежащемъ одному лицу, строенія другого лица, пользующагося участкомъ на правѣ срочной аренды (ст. 32), за среднюю валовую доходность принимается та сумма, которая получится путемъ вычета изъ означенной доходности средней арендной платы за арендуемый участокъ; смотритъ 32-ю статью закона, гласящую, что въ случаѣ нахожденія на земельномъ участкѣ, принадлежащемъ одному лицу, строенія другого лица, пользующагося участкомъ на правѣ срочной аренды, налогъ за земельный участокъ уплачивается собственникомъ участка, а за строеніе — собственникомъ послѣдняго, и перестаетъ уже обращать вниманіе на дальнѣйшія указанія разъясняющаго ему вопросъ чиновника, въ устахъ котораго звучатъ ссылки на Собр. Узак. отъ 24 января 1911 года, № 12, гдѣ распубликована инструкція о порядкѣ опредѣленія и взиманія государственнаго налога съ недвижимыхъ имуществъ. Вопрошающему ясно до очевидности, что зданіе на арендованной землѣ — имущество недвижимое, если съ него закономъ опредѣлено взимать налогъ, установленный для обложенія недвижимости. Возраженія безцѣльны, законъ ясенъ. Къ этому времени собственнику зданія на арендованной землѣ какъ бы въ утѣшеніе, становится извѣстнымъ, что онъ внесенъ въ списки городскихъ избирателей на предстоящее избраніе городскихъ гласныхъ. Заинтересованный городскимъ хозяйствомъ, чувствуя пріятную тяжесть возлагаемыхъ на него общественныхъ обязанностей, такъ называемый «арендаторъ» раскрываетъ городовое положеніе и изъ 24-й статьи его узнаетъ, что правомъ участія въ выборѣ гласныхъ пользуются лица, владѣющія въ предѣлахъ городского поселенія на правѣ собственности или пожизненнаго владѣнія недвижимымъ имуществомъ, обложеннымъ оцѣночнымъ, въ пользу городского поселенія, сборомъ. Второе подтвержденіе того, что онъ собственникъ недвижимости, дающей ему публичныя права. Изложеннымъ, мнѣ думается, въ достаточной мѣрѣ показано, что установившееся въ судебной практикѣ воззрѣніе на

Digitized by Google

зданіе, возведенное на арендованной землѣ, какъ на имущество движимое, не безспорно. Если Городское общественное управленіе привлекаетъ такъ называемыхъ арендаторовъ къ активному участію въ общественной жизни, приравнивая ихъ къ владѣльцамъ недвижимости, въ цѣляхъ, съ одной стороны, обложенія зданій на арендованной землѣ оцѣночнымъ сборомъ, а съ другой стороны, въ цѣляхъ расширенія узкаго круга лицъ, имѣющихъ по закону право принимать участіе въ городскомъ самоуправленіи; если «арендаторы» привлекаются въ городахъ къ участію въ выборахъ въ Государственную Думу, какъ владѣльцы недвижимости (п. 1 и 2 ст. 42 Полож. о выбор. въ Государств. Думу, т. I, ч. II Св. Зак. изд. 1907 г.), то эти явленія указываютъ лишь на то, что въ сферѣ публичнаго права примѣняющіе его органы придерживаются иного взгляда, чѣмъ судебная практика въ сферѣ частнаго права, а именно, считаютъ зданія на арендованной землѣ недвижимостью.

Совсѣмъ другое значеніе имѣетъ текстъ закона, хотя бы и фискальнаго. Вѣдь, до изданія закона 6 іюня 1910 года спорный вопросъ разрѣшался путемъ толкованія, надобность въ которомъ возникла вслѣдствіе неполноты закона, главнымъ образомъ, формальнаго отсутствія въ немъ самомъ положительнаго опредѣленія характера объекта права, возникшаго и получившаго громадное значеніе съ развитіемъ городской жизни. Теперь же законъ опредѣленно назвалъ зданія на арендованной землѣ недвижимостью.

Небезынтересно въ краткихъ чертахъ прослѣдить въ порядкѣ хронологическомъ этапы, которые прошла сенатская практика въ интересующемъ насъ вопросѣ. Въ цѣломъ рядѣ рѣшеній Гражданскаго Касс. Департ. (1896 г. №№ 475, 587; 1870 г. №№ 669, 1698; 1871 г. № 272; 1876 г. № 127; 1879 г. № 219, 226; 1881 г. № 113 и друг.) основное положеніе Сената гласитъ, что «изъ смысла 384, 386 стт. X т. I ч. нельзя вывести заключенія, что дома и другія строенія только тогда почитаются недвижимыми имуществами, когда право собственности, какъ на нихъ, такъ и на землю, на которой они возведены, принадлежитъ одному и тому же лицу, — напротивъ того, по смыслу приведенныхъ законовъ, дома и другія строенія, возведенные на чужой землѣ, составляютъ имущество недвижимое, за исключеніемъ лишь тѣхъ случаевъ, когда строеніе, находящееся на чужой землѣ, предназначается къ сносу» (1879 года, № 219). «Къ имуществамъ движимымъ, говорится въ Рѣшеніи Сената, № 226, 1879 года, относятся только такія строенія, которыя пріобрѣтены на сломъ и свозъ, безъ присвоенія права на обладаніе строеніями нераздѣльно съ землей».

Digitized by Google

«Строеніе, хотя бы и предназначенное къ сносу, но еще крѣпкое землѣ и стоящее въ томъ видѣ, который соотвѣтствуетъ понятію цѣлаго строенія, не приведенное въ состояніе груды матеріаловъ, составляетъ имущество недвижимое», разъясняетъ рѣшеніе 1881 года № 113, и сообразно съ этимъ указываетъ, что въ Мировыхъ Судебныхъ Установленіяхъ допустимы лишь такіе иски о строеніяхъ какъ о движимости, «которые предъявляются о сносѣ строенія, какъ пріобрѣтеннаго на сносъ въ силу бывшаго до предъявленія иска договора, не соединенные притомъ правомъ оставленія строенія въ видѣ такового на землѣ или съ правомъ пользованія землею». Что подъ упомянутыми исками разумѣются иски объ исполненіи договора, по коему проданы строенія безъ земли на сносъ, поясняетъ рѣшеніе Сената 1886 года, № 79.

Изъ приведенныхъ выдержекъ явствуетъ, что свое толкованіе Сенатъ основывалъ на буквальномъ смыслѣ закона, причисляющаго къ недвижимымъ имуществамъ не только земли и разныя угодья, но и «дома», какъ самостоятельный видъ недвижимости. Но какимъ же образомъ отъ приведеннаго толкованія, соотвѣтствующаго какъ смыслу закона, исходящаго при дѣленіи вещей на движимыя и недвижимыя изъ различія ихъ по природнымъ свойствамъ, такъ и экономическому значенію зданій на арендованной землѣ, какъ объекта частнаго права, судебная практика пришла къ совершенно противоположной точкѣ зрѣнія?

Разъясняя въ рѣшеніи по Общему Собранію отъ 1881 года, № 47, вопросъ о томъ, въ какомъ порядкѣ должно быть передаваемо право на заводы, фабрики и, вообще, на строенія, возведенныя на арендованной землѣ, т.-е. посредствомъ ли крѣпостныхъ актовъ со взысканіемъ крѣпостныхъ и канцелярскихъ пошлинъ, или посредствомъ домашнихъ и нотаріальныхъ актовъ (ст. 66 Нотар. Положенія), Сенатъ призналъ, что обращенію въ крѣпостные акты подлежатъ по закону только акты, посредствомъ которыхъ отчуждается право собственности на недвижимость, т.-е. крѣпостное владѣніе переходитъ отъ одного лица къ другому; въ данномъ же случаѣ, разсуждалъ Сенатъ, съ передачей отъ одного лица къ другому арендnаго договора на пользованіе землей для застройки совершается переходъ права пользованія застроенной землей въ опредѣленныхъ цѣляхъ и потому такая передача не составляетъ перемѣны крѣпостного владѣнія. Но и этимъ разсужденіямъ Сенатъ предпослалъ оговорку, что разрѣшеніе поставленнаго ему вопроса не зависитъ отъ обсужденія того, къ движимымъ или недвижимымъ имуществамъ принадлежатъ строенія, возведенныя на арендованной землѣ, и этого вопроса какъ будто и не разрѣшалъ.

Digitized by Google

Тѣмъ не менѣе, приведенное выше рѣшеніе оказалось базисомъ, на которомъ возникло коренное измѣненіе взгляда по интересующему насъ вопросу.

Въ 1901 году, въ рѣшеніи № 6, Сенатъ, ссылаясь на то, что при передачѣ однимъ лицомъ другому арендуемаго подъ застройку застроеннаго участка земли не требуется крѣпостного акта, отвергъ надобность такового при залогѣ строеній, возведенныхъ на чужой землѣ, но при этомъ, аргументировалъ свой выводъ, кромѣ сего, невозможностью совершенія закладной крѣпости на такія постройки въ виду установленнаго нотаріальнымъ положеніемъ порядка веденія реестровъ крѣпостныхъ дѣлъ и совершенія крѣпостныхъ актовъ, а также невозможностью лишить собственника строеній пользоваться кредитомъ подъ свои строенія, почему оставалось лишь допустить совершеніе закладныхъ на строенія на чужой землѣ, какъ на движимость. Сенатомъ былъ указанъ въ этомъ рѣшеніи еще одинъ мотивъ, а именно, что при закладѣ строеній на арендованной землѣ залогодержатель пріобрѣтаетъ лишь право требовать продажи ихъ на сносъ, какъ движимое имущество.

Итакъ, въ 1901 году Сенатъ все же не рѣшился назвать строеній на арендованной землѣ движимостью, а лишь приравнивалъ ихъ къ таковой по способу установленія залогового права и, притомъ, по соображеніямъ техническимъ, которыя были упущены въ рѣшеніи Общаго Собранія 1881 года, № 47, но и имѣли бы одинаковое значеніе для разрѣшавшагося въ томъ указѣ вопроса.

Наконецъ, послѣднимъ звеномъ въ этой цѣпи является рѣшеніе Гражд. Касс. Департ. 1908 года, № 68. Аргументація этого рѣшенія слѣдующая: если, говоритъ Сенатъ, строеніе на арендованной землѣ можно продавать на сносъ, какъ движимость, если можно его закладывать, какъ движимость, если залогодержатель можетъ требовать продажи его на сносъ, то нѣтъ препятствій для всякаго другого кредитора обращать на него взысканіе, какъ на движимость. Не смущаетъ Сенатъ и цѣнное возраженіе кассатора о томъ, что закономъ не предоставлено взыскателю права, посредствомъ слома и сноса обращать зданіе въ груду малоцѣннаго матеріала, и это возраженіе онъ парируетъ формальной отпиской, что-де ломать зданіе будетъ покупщикъ съ публичнаго торга, а не кредиторъ, и утѣшаетъ разоряемаго должника тѣмъ, что за взыскателемъ нельзя не признать права обращать взысканіе на всякое имущество должника, и тѣмъ, что не въ интересахъ самого взыскателя въ видахъ полнаго удовлетворенія своей претензіи разорять должника.

Digitized by Google

Всматриваясь въ аргументаціи приведеннаго ряда Рѣшеній Сената, приходится признать, что первоначально высказанный имъ взглядъ на строенія на арендованной землѣ, какъ на недвижимость, ни въ одномъ изъ послѣдующихъ рѣшеній, до самыхъ послѣднихъ включительно, не подвергался открытому пересмотру, и Сенатъ, обсуждая коренной вопросъ о способѣ передачи права на строенія на арендованной землѣ, говорилъ лишь о способахъ передачи арендnаго права, въ силу коего возникли самыя строенія, игнорируя ихъ, какъ объектъ права, и открыто заявивъ, что не касается при этомъ вопроса о томъ, представляютъ они движимость или недвижимость.

Далѣе, и въ рѣшеніи 1901 года, № 6, не природное свойство объекта права, а невозможность регистраціи ипотеки по техническимъ причинамъ привели Сенатъ къ выводу о возможности установленія залогового права и то не на самое строеніе, а на матеріалъ, изъ котораго оно создано и, наконецъ, въ рѣшеніи 1908 года, № 68, есть только ссылки на предыдущія рѣшенія и выводы, какъ намъ кажется, имъ несоотвѣтствующіе. Но даже, если признать, что указанныя рѣшенія Сената, отвергнувъ возможность крѣпостного порядка перехода права на строенія на арендованной землѣ и установленія на нихъ залогового права, тѣмъ самымъ, въ силу 1417 и 1642 стт. X т. ч. I признали строенія на арендованной землѣ движимостью, хотя и не выразили этого опредѣленно, все же такая постановка вопроса, которая дана въ рѣшеніи 1908 года, № 68, не можетъ быть признана правильной, а аргументація Сената удачной.

Вѣдь, нѣтъ спора, что собственникъ зданія на арендованной землѣ можетъ продать его добровольно на сносъ только, какъ движимость; въ этомъ отношеніи нѣтъ разницы между нимъ и вотчинникомъ, который также инымъ образомъ не можетъ продавать на сносъ зданія, возведенныя на собственной землѣ, ибо предметомъ этого договора будетъ дѣйствіе собственника зданія на арендованной землѣ и вотчинника, обязавшихся допустить покупку до сломки зданія и передать ему послѣ сломки въ собственность строительный матеріалъ, изъ котораго состояло сломанное зданіе, а не самое это зданіе, какъ таковое. Если, далѣе, собственникъ зданія на арендованной землѣ, нуждаясь въ кредитѣ, закладываетъ свои строенія заимодавцу, предоставляя ему право, въ случаѣ неплатежа, продать строеніе на сносъ, то онъ закладываетъ ему не зданіе, какъ таковое, а матеріалъ, изъ котораго оно воздвигнуто, добровольно подчиняясь всѣмъ невзгодамъ неисполненія договора займа.

Digitized by Google

Это, въ концѣ-концовъ, то же право на продажу на сносъ, которое неотъемлемо принадлежитъ всякому собственнику зданія. Совсѣмъ въ иномъ свѣтѣ представляется вопросъ при обсужденіи права всякаго взыскателя требовать публичной продажи на сносъ строеній, возведенныхъ должникомъ на арендованной землѣ.

Что такое представляетъ собою зданіе на арендованной землѣ въ смыслѣ объекта права, въ смыслѣ вещи, независимо отъ того, движимое это или недвижимое имущество? Оно представляется, несомнѣнно, самостоятельнымъ объектомъ права, не простымъ только, а составнымъ. Въ составъ его входятъ физическія вещи, — строительный матеріалъ, приспособленный для извѣстной цѣли, механически и физически соединенный между собой, и все это сооруженіе не виситъ въ воздухѣ, а прочно прикрѣплено къ землѣ, въ силу права арендатора пользоваться таковой для застройки. Мы имѣемъ въ зданіи на арендованной землѣ единство, въ которое входятъ составными частями не только физическія вещи, которыя, будучи разъединены, теряютъ свою стоимость, но и право, лишь при наличности коего возможно соединеніе отдѣльныхъ матеріаловъ въ зданіе.

Вотъ тотъ объектъ, которымъ обладаетъ собственникъ зданія на арендованной землѣ, и на который могутъ быть направлены притязанія взыскателя.

Этотъ объектъ обладаетъ цѣнностью, неизмѣримо превышающей цѣнность тѣхъ матеріаловъ, изъ которыхъ онъ созданъ, онъ пріобрѣлъ способность продуцировать свойственнымъ ему только образомъ, обслуживать извѣстныя, жизнью выдвинутыя потребности, а обращеніе его въ груду развалинъ есть актъ, задѣвающій не только интересы должника, но и интересы публичнаго порядка. Вѣдь, муниципія, государство лишаются объекта обложенія, исчезаетъ предметъ, созданный громадной затратой труда, исчезаетъ цѣнность, добытая этимъ трудомъ. Нельзя этому противопоставлять, какъ коррективъ, предполагаемую заботливость взыскателя о благахъ должника, какъ о своемъ собственномъ благѣ, да, кромѣ сего, слѣдуетъ вспомнить высказанную Сенатомъ въ Рѣшеніи 1886 года, № 67, совершенно правильную точку зрѣнія, заключающуюся въ томъ, что, устанавливая порядокъ и способы удовлетворенія взыскателя и предоставляя ему значительныя права, Законъ не остается безучастнымъ къ огражденію интереса экономической цѣнности и производительности имущества. Меньшей заботливости о сохраненіи народнаго богатства, чѣмъ проявляетъ Сенатъ въ рѣшеніи № 68, 1908 года, вообразить себѣ нельзя.

Digitized by Google

Ненормальность этого порядка явная, его несправедливость громко вопіетъ о томъ, что этотъ порядокъ незаконенъ, ибо и при толкованіи закона необходимо исходить изъ предположенія, что законъ долженъ быть справедливъ. Исаченко въ своемъ «Гражданскомъ процессѣ» (т. V, изд. 1907 г., стран. 258) по интересующему насъ вопросу, говоритъ, что, пока между собственникомъ земли и собственникомъ строеній еще продолжаются юридическія отношенія по договору о правѣ пользованія землею подъ тѣми строеніями, послѣднія безъ согласія собственника не могутъ быть проданы ни на сносъ, ни какъ право на владѣніе, за исключеніемъ развѣ случая, если продажа обусловливается тѣмъ, что покупщикъ пріобрѣтаетъ строенія съ условіемъ, чтобы снести ихъ неранѣе, какъ по истеченіи означеннаго срока. «Это потому, что продажей строеній на чужой землѣ не могутъ не быть нарушаемы права собственника земли, отдавшаго ее въ пользованіе собственнику строеній». Тутъ почтенный авторъ, тоже исходящій изъ понятія о строеніяхъ на чужой землѣ, какъ о движимости, совершенно подходитъ на нашъ взглядъ къ единственно возможному рѣшенію вопроса, но только не облекаетъ его въ юридическую формулу. Вѣдь, то право на землю, которымъ обладаетъ арендаторъ земли подъ застройку, съ которымъ неразрывно связано право на возведенныя на землѣ строенія, являющіяся средствомъ эксплуатаціи основного права, есть право по обязательству, по арендному договору, а какъ таковое оно не подлежитъ отчужденію въ порядкѣ 933 ст. Уст. Гражд. Суд., какъ то совершенно ясно и правильно разъяснено въ рѣшеніи Сената отъ 1886 г. № 67. Судьбѣ этого права должны слѣдовать и возведенныя на арендованной землѣ постройки, ибо если постройки на арендованной землѣ и не принадлежности земли (1896 г. № 102), то онѣ принадлежности того права на землю, въ силу котораго онѣ возникли, составляютъ вмѣстѣ съ нимъ самостоятельный объектъ права, а потому, доколѣ юридически или фактически онѣ отъ земли не отдѣлены, представляются юридически недѣлимымъ самостоятельнымъ объектомъ права.

Намъ скажутъ, что при невозможности обращать взысканія на постройки, возведенныя на арендованной землѣ, собственникъ не отвѣтственъ предъ взыскателями, но это не такъ. Прежде всего въ распоряженіи взыскателя доходъ, получаемый должникомъ съ его имущества, и за симъ возможность объявленія должника несостоятельнымъ и вступленія въ его права по имуществу. Вѣдь, въ такомъ же положеніи по Сенатской практикѣ находится личный кредиторъ члена товарищества по отношенію къ имуществу

Digitized by Google

должника, вложенному въ товарищество (1909 г. № 100, 1908 года № 49 и другіе).

Но есть и еще соображеніе, доказывающее ненормальность продажи съ публичныхъ торговъ на сносъ строеній на арендованной землѣ до истеченія срока договора аренды на землю. Обычный способъ эксплуатаціи строеній въ городахъ это сдача ихъ въ наемъ квартирантамъ нерѣдко на продолжительные сроки, и вотъ представьте себѣ положеніе квартирантовъ, контракты коихъ при публичной продажѣ зданій на сносъ, теряютъ всякое значеніе, и снятое ими помѣщеніе превращается въ развалины. Но, вѣдь, они имѣютъ на него права, права эти должны защищаться закономъ, какъ они защищаются въ томъ случаѣ, когда продается съ торговъ домъ-недвижимость. Найдите же законъ, который въ состояніи ихъ защитить. Такого нѣтъ. Если укажутъ на 1092 ст. Уст. Гражд. Суд., то ея смыслъ разъясненъ рѣшеніемъ Сената 1900 г. № 58, которое точно установило, что лишь право собственности на описанное имущество можетъ парализовать его продажу, а право на срочное пользованіе имъ можетъ быть лишь охранено при продажѣ и торгахъ. Интересно было бы знать, какъ возможно охранить право квартиранта, когда зданіе продано на сносъ, когда право на него, какъ на таковое, исчезло у прежняго собственника, и не возродилось у покупщика съ публичнаго торга, пріобрѣвшаго не зданіе, а то, что получится отъ его сломки.

Къ тому же о возможности охранить права на срочное пользованіе движимостью говоритъ Сенатъ въ 1900 году, а въ сепаратномъ Указѣ Московскому Мировому Съѣзду отъ 5 ноября 1911 года за № 11149 онъ уже разъяснилъ, что «торги на домъ, выстроенный на чужой землѣ, должны производиться по правиламъ, установленнымъ для продажи движимаго имущества, при чемъ въ нихъ нигдѣ не упоминается о сохраненіи при какихъ-либо условіяхъ своей силы арендными договорами третьихъ лицъ на продаваемое имущество, по переходѣ послѣдняго къ покупателю, какъ это имѣетъ мѣсто въ отношеніи недвижимаго имущества, что вполнѣ ясно указываетъ на недопустимость по закону дѣйствія такихъ договоровъ послѣ публичнаго торга».

Надо замѣтить, что приведенный Указъ послѣдовалъ по дѣлу, гдѣ проданное на сносъ зданіе благополучно осталось у покупщика съ публичнаго торга въ томъ самомъ видѣ, въ какомъ оно было у должника.

Наконецъ, возможно ли выполнить правила, установленныя для описи движимаго имущества (980 ст. Уст. Гражд. Суд.), оцѣнки, храненіи его, когда взысканіе обращается на зданіе, продается же

Digitized by Google

не оно, а право сломать его, чтобы получить въ собственность матеріалъ отъ его сломки, а между тѣмъ изъ невозможности выполненія этихъ правилъ Сенатъ въ рѣшеніи 1886 года № 67 вывелъ невозможность обращенія взысканія на права по обязательствамъ, несмотря на то, что они отнесены закономъ къ движимымъ имуществамъ (402, 418 стт. X т. ч. I).

Къ какимъ же выводамъ слѣдуетъ прійти изъ всего изложеннаго?

1) По физической и экономической природѣ, а также по закону (384 ст. X т. ч. I) зданія на арендованной землѣ представляются недвижимостью.

2) Возникшія въ судебной практикѣ колебанія по этому вопросу объясняются затруднительностью совершенія крѣпостныхъ актовъ при ихъ отчужденіи или обремененіи залогомъ въ виду установленнаго нотаріальнымъ положеніемъ порядка веденія реестровъ крѣпостныхъ дѣлъ и совершенія крѣпостныхъ актовъ (47, 53 и 169 стт. Пол. о Нот. части).

3) Даже послѣдовательное проведеніе въ практикѣ взгляда на строенія на арендованной землѣ, какъ на движимость, не даетъ основаній къ признанію за всякимъ кредиторомъ права обращать взысканіе на матеріалъ, изъ коего воздвигнуто зданіе, и требовать его сноса, что нарушаетъ интересы не только должника, но и лицъ, связанныхъ съ нимъ договорами по этому имуществу и, наконецъ, общественный интересъ.

В. Н. Челищевъ.

Digitized by Google

Новый законъ о розыскѣ внѣбрачнаго отцовства во Франціи.

Въ гражданскомъ законодательствѣ Франціи свершилось знаменательное событіе: отмѣненъ art. 340 Code Civil, выразительно постановлявшій въ отношеніи къ внѣбрачнымъ дѣтямъ: «отыскивать отца запрещается» (la recherche de paternitè est interdite). Закономъ 16 ноября 1912 года, статья эта замѣнена рядомъ постановленій, допускающихъ въ опредѣленныхъ случаяхъ судебный розыскъ внѣбрачнаго отца. Исчезъ, такимъ образомъ, по выраженію Planiol'a одинъ изъ самыхъ худшихъ законовъ Франціи, дававшій чудовищную премію разврату и распутству и бывшій главной причиной все возрастающаго числа внѣбрачныхъ дѣтей»[1]).

Новый законъ гласитъ:

Статья первая. Статья 340 Code Civil замѣняется слѣдующими правилами:

Внѣбрачное отцовство можетъ быть объявлено судомъ:

1. Въ случаѣ похищенія или изнасилованія, когда время похищенія или изнасилованія соотвѣтствуетъ времени зачатія;

2. Въ случаѣ обольщенія, совершеннаго посредствомъ обманныхъ ухищреній, злоупотребленія властью, обѣщанія брака или обрученія, если притомъ имѣется письменное начало доказательства (commencement de preuve par écrit) въ смыслѣ ст. 1347;

3. Въ томъ случаѣ, когда имѣются письма или какой-либо другой частный письменный документъ, исходящіе отъ предполагаемаго отца и содержащіе недвусмысленное признаніе отцовства;

4. Въ томъ случаѣ, когда предполагаемый отецъ и мать открыто жили въ конкубинатѣ въ теченіе законнаго срока зачатія;

5. Въ томъ случаѣ, когда предполагаемый отецъ давалъ ребенку содержаніе и воспитаніе или участвовалъ въ такомъ содержаніи и воспитаніи въ качествѣ отца.

Искъ о признаніи отцовства отклоняется:

1. Если установлено, что въ теченіе законнаго срока зачатія мать открыто вела непристойную жизнь или имѣла сожитіе съ другимъ лицомъ;

2. Если предполагаемый отецъ въ теченіе того же срока физически не могъ сдѣлаться отцомъ ребенка, по причинѣ ли отсутствія, или подъ вліяніемъ какого-либо случая.

Искъ принадлежитъ только ребенку. Во время несовершеннолѣтія ребенка предъявить искъ въ правѣ одна мать, хотя бы она была и несовершеннолѣтней.

---

[1]) Planiol, Traité de Droit Civil, t. I, 6-me éd. § 1525.

Digitized by Google

Искъ долженъ быть предъявленъ въ теченіе двухъ лѣтъ, слѣдующихъ за разрѣшеніемъ отъ бремени; истеченіемъ означеннаго срока право на искъ погашается.

Но въ случаяхъ, предусмотрѣнныхъ §§ 4 и 5, искъ можетъ быть предъявленъ до истеченія двухъ лѣтъ со времени прекращенія конкубината или участія предполагаемаго отца въ содержаніи и воспитаніи ребенка.

Если нѣтъ признанія со стороны матери или если она умерла, находится подъ опекою или въ безвѣстномъ отсутствіи, то искъ можетъ быть предъявленъ согласно правиламъ ст. 389[1]).

Если искъ не былъ предъявленъ въ теченіе несовершеннолѣтія ребенка, послѣдній можетъ предъявить его въ теченіе одного года со времени наступленія совершеннолѣтія.

Статья вторая. Ст. 39 § 1-го закона 29 іюля 1881 г. дополняется словами: «равно и объ объясненіяхъ сторонъ въ процессѣ объ объявленіи отцовства»[2]).

Статья третья. Параграфъ 2-й ст. 400 Уголовнаго Уложенія[3]) дополняется слѣдующимъ постановленіемъ:

«То же наказаніе можетъ быть наложено гражданскимъ судомъ, разсматривающимъ искъ объ объявленіи отцовства, на недобросовѣстнаго истца. Въ этомъ случаѣ можетъ быть, кромѣ того, воспрещено пребываніе въ опредѣленной мѣстности въ теченіе срока отъ пяти до десяти лѣтъ».

Статья четвертая. Настоящій законъ примѣняется въ Алжиріи и въ другихъ французскихъ владѣніяхъ.

Мѣстная власть, обнародывая законъ, въ правѣ тѣмъ не менѣе постановить, что онъ примѣняется только въ томъ случаѣ, когда мать и предполагаемый отецъ принадлежатъ къ французской національности или къ категоріи чужеземцевъ, ассимилировавшихся съ національными французами.

* * *

Чтобы оцѣнить значеніе закона 16 ноября 1912 года, необходимо въ краткихъ чертахъ набросать положеніе вопроса о внѣбрачномъ отцовствѣ въ современномъ законодательствѣ. Въ ученіи о происхожденіи наибольшую трудность представляетъ, по самой природѣ вещей, доказательство происхожденія отъ предполагаемаго отца—установленіе отцовства. При рожденіи въ бракѣ проблема эта удовлетворительно разрѣшается заимствованной изъ римскаго права и воспринятой всѣми законодательствами презумціей законнаго

---

[1]) Ст. 389 Code Civil, дополненная закономъ 2 іюля 1907 г., гласитъ: «Обязанности, возложенныя на семейный совѣтъ въ отношеніи къ законнымъ дѣтямъ, исполняются по отношенію къ дѣтямъ внѣбрачнымъ (naturels) судомъ первой инстанціи по мѣсту законнаго жительства родителя, облеченнаго опекунскою властью ко времени признанія имъ своего ребенка, и судомъ мѣстожительства ребенка, если послѣдній не признанъ; по всѣмъ дѣламъ, относящимся къ организаціи опеки или надзора за вышеозначенными малолѣтними, судъ дѣйствуетъ въ качествѣ семейнаго совѣта, предварительно выслушавъ отца и мать ребенка, если послѣдній признанъ, и приступая къ разсмотрѣнію дѣла по просьбѣ одного изъ нихъ, по требованію общественной власти и по собственной иниціативѣ».

[2]) § 1 ст. 39 закона о печати 29 іюля 1881 г. гласитъ: «Воспрещается давать отчеты о процессахъ о клеветѣ, въ которыхъ не допущены доказательства».

[3]) § 2 art. 400 Code Pénal гласитъ: «Кто посредствомъ угрозы, письменной или устной, клеветническихъ заявленій или обвиненій, будетъ вымогать или попытается вымогать деньги или цѣнности или подпись на вышеперечисленныхъ документахъ или передачу послѣднихъ, тотъ подвергается тюремному заключенію отъ одного года до пяти лѣтъ и штрафу отъ 50 до 3.000 франковъ».

Digitized by Google

отцовства — pater id est, quem nuptiae demonstrant (D, 2, 4, 5). Но внѣбрачное рожденіе не знаетъ никакой презумціи отцовства; ему не предшествуетъ, какъ это имѣетъ мѣсто при заключеніи брака, ни оглашеніе лицъ, вступающихъ въ сожительство, ни предположеніе вѣрности матери, такъ наз. презумція супружеской вѣрности жены[1]). Средневѣковая презумція внѣбрачнаго отцовства — virgini praegnanti creditur[2]) — имѣла значеніе лишь для присужденія дѣвушкѣ-матери временной помощи впредь до окончательнаго рѣшенія дѣла судомъ, но нисколько не рѣшала окончательно вопроса объ отцовствѣ[3]).

Неизвѣстность отцовства при внѣбрачномъ рожденіи и трудность его доказыванія[4]) побудили классическое римское право при опредѣленіи происхожденія внѣбрачныхъ дѣтей держаться исключительно Maternitäts-system: дѣти считались родившимися какъ бы безъ отца[5]) и вступали въ гражданско-правовыя отношенія только къ матери; они слѣдовали ея состоянію (D. 1, 5, 24), имѣли наслѣдственныя права только послѣ нея (D. 38, 8, 8), только отъ нея могли требовать алиментовъ (D. 25, 3, 5, § 4). Лишь liberi naturales — дѣтямъ родившимся въ конкубинатѣ, формѣ внѣбрачнаго сожительства, заимствовавшей отъ брака его характерныя черты: постоянство и гласность — Юстиніанъ предоставилъ право, на алименты и отъ отца, равно и право наслѣдованія послѣ него (Nov. 89, cap. 12 § 6).

Классическая римская система была воспринята Code Civil и романскими законодательствами (бельгійскимъ, итальянскимъ), развившимися подъ его вліяніемъ. Судебный розыскъ отцовства былъ воспрещенъ; семейно-правовое отношеніе между внѣбрачнымъ отцомъ и его ребенкомъ могло быть установлено лишь добровольнымъ признаніемъ, совершаемымъ въ формѣ публичнаго акта. Но, соотвѣтственно полной достовѣрности отцовства, достигаемой признаніемъ, юридическія послѣдствія послѣдняго были въ принципѣ

---

[1]) А. Вормсъ и В. Ельяшевичъ. Законы гражданскіе. Практическій и теоретическій комментарій. В. I, стран. 318—330.

[2]) Полная формула гласитъ: «creditur virgini dicenti se ab aliquo agnitam et ex eo praegnantem esse»; она приведена въ появившемся въ началѣ XVII столѣтія сочиненіи президента высшаго суда въ Савойѣ, Anton Favre. Codex definitionum, liv. IV, tit. XIV, def. 18.

[3]) Planiol, Traité de Droit Civil, t. I, 6-me éd. § 1521.

[4]) «Изъ факта рожденія дитяти можно сдѣлать лишь тотъ выводъ, что въ теченіе нѣкотораго времени, равнаго нѣсколькимъ мѣсяцамъ, такъ называемаго періода зачатія, должен ъ былъ имѣть мѣсто актъ сожительства, бывшій причиной рожденія. Слѣдовательно, доказать происхожденіе отъ даннаго мужчины можно лишь путемъ исключенія всякого другого возможнаго акта сожительства, кромѣ даннаго, въ теченіе всего длиннаго періода зачатія». А. Вормсъ и В. Ельяшевичъ, l. c. стран. 319.

[5]) Dernburg, Pandekten, т. III, § 38.

Digitized by Google

аналогичны послѣдствіямъ доказаннаго законнаго рожденія, т.-е. наступала Paternitäts-system, за однимъ лишь исключеніемъ: ребенокъ не входилъ въ семью признаваемаго его родителя. Внѣбрачный ребенокъ получалъ имя признавшаго его отца, право на содержаніе отъ него, право наслѣдованія, хотя и въ меньшей долѣ, чѣмъ дѣти законныя[1]).

Эта система, глубоко несправедливая, ибо она прикрывала внѣбрачнаго отца, освобождая его отъ всякихъ обязанностей по отношенію къ своимъ собственнымъ дѣтямъ, была нѣсколько смягчена юриспруденціей. Исходя изъ общихъ правилъ о возмѣщеніи вреда (art. 1382), юриспруденція построила искъ внѣбрачной матери къ внѣбрачному отцу о вознагражденіи за убытки, нанесенные ей внѣбрачнымъ рожденіемъ. Но искъ этотъ требовалъ наличности неправомѣрнаго дѣянія — обольщенія посредствомъ обманныхъ ухищреній, злоупотребленія властью или обѣщанія брака и былъ невозможенъ въ случаѣ добровольнаго согласія дѣвушки вступить въ внѣбрачное сожительство. Съ другой стороны, вызывалъ разнорѣчія вопросъ о размѣрѣ вреда, подлежащаго возмѣщенію. Въ то время, какъ одни судьи присуждали внѣбрачной матери пенсію, достаточную для покрытія ея расходовъ на содержаніе ребенка до опредѣленнаго возраста, другіе полагали, что искъ матери, основанный на art. 1382, можетъ имѣть своимъ основаніемъ лишь ущербъ, причиненный ей самой фактомъ обольщенія, ибо нельзя возмѣщать расходовъ, вызываемыхъ обязанностями, вытекающими изъ материнства, не выяснивъ ихъ виновника, т.-е. не нарушая art. 340[1 2]).

Совершенно иначе разрѣшило проблему внѣбрачнаго отцовства германское право, сложившееся въ данномъ вопросѣ въ значительной степени подъ вліяніемъ каноническаго права. Послѣднее знало единственный источникъ семейныхъ правъ: церковный бракъ. Дѣти, родившіяся внѣ брака, исключались имъ отъ пользованія семейными правами; но изъ чувства христіанской любви каноническое право требовало, чтобы средства къ жизни внѣбрачному ребенку все-таки предоставлялись внѣбрачнымъ отцомъ[3]). Такъ создался въ германскомъ правѣ особый обязательственный искъ объ алиментахъ къ внѣбрачному отцу. Судебный розыскъ внѣбрачнаго отца дозволенъ, но искъ, обращенный

---

[1]) Революціонное законодательство Франціи, воспретивъ судебный розыскъ отцовства, совершенно уравняло признанныхъ внѣбрачныхъ дѣтей съ законными (законъ 12 брюмера 1793 г.). Code Civil 1804 г. значительно сузилъ ихъ наслѣдственныя права, которыя были вновь расширены закономъ 25 марта 1896 г.

[2]) Planiol, Traité de Droit Civil, t. I, 6-me éd. § 1529.

[3]) Arg. c. 5, X, IV, 7.

Digitized by Google

къ нему, не есть искъ объ установленіи происхожденія отъ него, искъ о правахъ состоянія внѣбрачнаго ребенка со всѣми его послѣдствіями. Предметомъ иска объ отцовствѣ могутъ быть только алименты; отвѣтчикъ присуждается къ ихъ уплатѣ до опредѣленнаго возраста ребенка, по наступленіи котораго онъ ничѣмъ не связанъ съ своимъ же собственнымъ дитятею. «Внѣбрачное дитя и его отецъ не находятся между собою въ родствѣ», — выразительно постановляетъ § 1589 Германскаго гражд. уложенія. Даже добровольно признанный своимъ отцомъ, внѣбрачный ребенокъ не получаетъ правъ ни на его имя, ни на его права состоянія, ни на наслѣдованіе послѣ него. Проигравшій искъ объ отцовствѣ является отцомъ внѣбрачнаго ребенка т о л ь к о въ одномъ отношеніи: на него падаетъ обязанность содержать ребенка до того времени, пока ребенокъ не станетъ на собственныя ноги; никакихъ правъ на ребенка, вытекающихъ изъ родительской власти, внѣбрачный отецъ не пріобрѣтаетъ и, вообще, не находится съ нимъ ни въ какихъ другихъ семейно-правовыхъ отношеніяхъ.

Но суживая объемъ правъ, предоставляемыхъ внѣбрачному ребенку, германская система, лежащая въ основаніи, напримѣръ, Германскаго гражд. улож. и нашего закона 3 іюня 1902 года, имѣетъ зато почти всеобъемлющую область примѣненія. Имѣя своею цѣлью обезпечить внѣбрачному ребенку только содержаніе и воспитаніе до того времени, пока онъ не сумѣетъ жить самостоятельнымъ трудомъ, и сознательно уклоняясь отъ установленія отцовства, какъ основанія правъ состоянія, она не знаетъ никакихъ спеціальныхъ сроковъ для своего алиментарнаго иска, никакой спеціальной нормировки доказательствъ, требуемыхъ для удовлетворенія иска объ отцовствѣ; искъ объ алиментахъ къ внѣбрачному отцу можетъ быть доказываемъ одними свидѣтельскими показаніями, что̀ очень важно при той тайнѣ, которою, обычно, окружена внѣбрачная связь. Съ другой стороны, искъ объ отцовствѣ можетъ быть предъявленъ отъ имени в с ѣ х ъ внѣбрачныхъ дѣтей: германская система не знаетъ различенія между собственно внѣбрачными дѣтьми и дѣтьми, происшедшими отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, какъ это имѣетъ мѣсто въ романской системѣ; искъ о содержаніи можетъ быть обращенъ и къ женатому отцу и къ близкому родственнику.

* * *

Законъ 16 ноября 1912 года отмѣнилъ редакцію art. 340 Code Civil 1804 года; отнынѣ разрѣшается розыскивать судебнымъ порядкомъ отца внѣбрачнаго ребенка. Но новый законъ построенъ

Digitized by Google

не на началахъ германскаго права. Созданный имъ искъ о внѣбрачномъ отцовствѣ не есть только обязательственный искъ объ алиментахъ; это искъ о правахъ состоянія, искъ объ установленіи отцовства, какъ основанія для гражданскихъ правъ ребенка, искъ объ «объявленіи отцовства» (déclaration de paternité). Юридическія послѣдствія его удовлетворенія тѣ же, что и при добровольномъ признаніи отцовства: ребенокъ вносится въ метрическія книги, какъ дитя отъ опредѣленнаго отца, получаетъ его имя, право на алименты, на наслѣдованіе. Внѣбрачный отецъ пріобрѣтаетъ право родительской власти, право управленія и пользованія имуществомъ ребенка, хотя — въ отличіе отъ законнаго отца — подъ контролемъ спеціальнаго опекуна, назначеннаго судомъ (законъ 2 іюля 1907 г.).

Однако, широта правъ, предоставляемыхъ внѣбрачному ребенку, въ значительной степени теряетъ свое значеніе благодаря очень узкой сферѣ примѣненія новаго закона. Законъ не напрасно называетъ созданный имъ искъ «искомъ о признаніи отцовства» (l'action en reconnaissance de paternité); онъ, собственно, стремится не къ судебному розыску отца, а къ констатированію судомъ отцовства, еще до суда признаннаго кѣмъ-либо письменно или конклюдентными дѣйствіями. Въ самомъ дѣлѣ. Помимо случаевъ похищенія или изнасилованія, когда даже art. 340 въ прежней редакціи допускалъ судебный розыскъ отцовства[1]), искъ о признаніи отцовства допускается закономъ 16 ноября 1912 года лишь въ опредѣленныхъ четырехъ случаяхъ, обнаруживающихъ своимъ фактическимъ составомъ наличность внѣсудебнаго признанія внѣбрачнаго отцовства. Такъ, судъ можетъ объявить отвѣтчика внѣбрачнымъ отцомъ: 1) если онъ содержалъ и воспитывалъ ребенка или помогалъ его содержать, но при этомъ необходимо, чтобы эта помощь производилась отвѣтчикомъ въ сознаніи своей отцовской обязанности, «въ качествѣ отца»; 2) если онъ жилъ съ матерью ребенка въ теченіе законнаго срока зачатія въ открытомъ конкубинатѣ, т.-е. въ сожительствѣ, приближающемся по своей формѣ къ браку; 3) если предполагаемый отецъ недвусмысленно призналъ ребенка въ какомъ-либо письменномъ документѣ, хотя бы и частнаго характера и, наконецъ, 4) если предполагаемый отецъ обольстилъ мать ребенка посредствомъ обманныхъ ухищреній, злоупотребленія своею властью надъ нею или обѣщанія брака, но и въ этомъ случаѣ необходимо, чтобы суду

---

[1]) Ст. 340 Code Civil собственно предусматривала только одинъ случай: похищеніе — enlèvement. Но французская судебная практика (см. Dalloz, 1886 г., т. 2, стран. 151) и литература (Demolombe, Marcadé) разсматривали изнасилованіе, какъ мгновенное похищеніе.

Digitized by Google

предоставленъ былъ какой-либо письменный актъ, исходящій отъ предполагаемаго отца и дѣлающій вѣроятнымъ происхожденіе отъ него ребенка. Только послѣ представленія такого «письменнаго начала доказательства» (commencement de preuve par écrit) судъ можетъ допустить свидѣтелей въ доказательство происхожденія ребенка.

Послѣдній случай особенно рельефно подчеркиваетъ всю недостаточность и противорѣчивость закона. Мужчина, вступающій въ сожительство съ дѣвушкою съ тѣмъ, чтобы бросить ее послѣ нѣкотораго времени, пользующійся для этого ложными увѣреніями или злоупотребляющій своею властью надъ нею, конечно, не оставитъ въ ея рукахъ письменнаго доказательства противъ самого себя. Не можетъ быть и рѣчи о какомъ-либо «письменномъ началѣ доказательства» въ самыхъ распространенныхъ и наиболѣе требующихъ судебной защиты случаяхъ обольщенія прислуги, фабричной работницы и, вообще, дѣвушки, живущей наемнымъ трудомъ, мужчиною, принадлежащимъ къ высшему классу по своему богатству или общественному положенію. То же надлежитъ сказать и о случаяхъ внѣбрачной связи въ сельскомъ быту. Законъ 16-го ноября оставилъ, такимъ образомъ, внѣ судебной защиты самые многочисленные случаи внѣбрачнаго рожденія; его цѣль — дать санкцію внѣсудебному признанію, сдѣлавъ его безповоротнымъ. Старое недовѣріе къ судебному р о з ы с к у внѣбрачнаго отцовства осталось в ъ п р и н ц и п ѣ непоколебленнымъ[1]).

Но даже въ той узкой сферѣ отысканія внѣбрачнаго отцовства, которую допустилъ законъ 16-го ноября, онъ ввелъ, въ свою очередь, ограниченія. Вопреки общему правилу о непогашеніи давностью исковъ о правахъ состоянія, законъ 16-го ноября ограничилъ созданный имъ искъ краткимъ двухлѣтнимъ срокомъ, который течетъ или съ момента рожденія ребенка или со времени прекращенія конкубината или постоянной помощи, которую внѣбрачный отецъ оказывалъ ребенку. Лишь въ томъ случаѣ, если искъ не былъ предъявленъ въ теченіе несовершеннолѣтія ребенка, послѣдній имѣетъ право на него въ теченіе года послѣ наступленія совершеннолѣтія.

---

[1]) Законъ 16 ноября 1912 г., въ сущности, возвратился къ системѣ, упрочившейся во Франціи послѣ закона 12 брюмера 1793 г. и сводившейся къ правилу: не можетъ быть разыскиваемо н е п р и з н а н н о е отцовство. Именно таковъ былъ первоначальный проектъ art. 340 Code Civil, принятый въ засѣданіи Государственнаго Совѣта 17 ноября 1801 г., при чемъ подъ признаннымъ отцовствомъ, которое могло быть санкціонировано судебнымъ рѣшеніемъ, разумѣлся не только случай формальнаго его признанія, но и простое его признаніе, вытекающее изъ письменныхъ актовъ или дѣйствій предполагаемаго отца (P l a n i o l, Traité de Droit Civil, t. I, 6-me éd. § 1523).

Digitized by Google

Изъ пользованія благами закона исключены внѣбрачныя дѣти, происшедшія отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія. Art. 335 и 342 Code Civil, запрещающіе какъ добровольное признаніе, такъ и судебный розыскъ внѣбрачнаго отцовства въ томъ случаѣ, если дѣти родились отъ прелюбодѣянія или кровосмѣшенія, остались безъ измѣненія.

Наконецъ, новый законъ, какъ бы стремясь къ тому, чтобы обманутая мать и ея ребенокъ возможно рѣже къ нему прибѣгали, создалъ необычайное средство ихъ устрашенія: недобросовѣстный истецъ можетъ быть присужденъ гражданскимъ же судомъ, разсматривавшимъ его искъ, къ тюремному заключенію на срокъ отъ одного года до пяти лѣтъ и къ штрафу отъ 50 до 3.000 франковъ. Кромѣ этого, ему можетъ быть воспрещено пребываніе въ опредѣленной мѣстности на срокъ отъ пяти до десяти лѣтъ. Законъ не отступилъ въ цѣляхъ быстроты репрессіи даже отъ смѣшенія компетенцій: онъ предоставилъ гражданскому суду право налагать тяжкое уголовное наказаніе, обыкновенно находящееся въ распоряженіи лишь общественнаго суда, суда присяжныхъ. Такою драконовскою мѣрою законъ рѣшилъ бороться съ возможнымъ шантажемъ «добропорядочныхъ людей изъ общества», но, нѣтъ сомнѣнія, она бьетъ дальше своей цѣли: жестокостью своей репрессіи, напоминающею средневѣковую расправу съ завѣдомо неправымъ истцомъ, она удержитъ отъ предъявленія иска не одну обманутую дѣвушку, не располагающую достаточными доказательствами происхожденія своего ребенка.

При ограниченности сферы примѣненія закона 16-го ноября французской юриспруденціи придется попрежнему держаться созданнаго ею корректива къ суровому постановленію art. 340 Code Civil, — иска матери ребенка къ его отцу, основаннаго на art. 1382, т.-е. на принципѣ возмѣщенія вреда, причиненнаго чьимъ-либо виновнымъ дѣяніемъ. Впрочемъ, поскольку искъ этотъ направленъ на возмѣщеніе матери расходовъ, вызванныхъ ея беременностью и разрѣшеніемъ отъ бремени, онъ можетъ и сопровождать искъ о признаніи отцовства, ибо оба эти иска имѣютъ и различныя основанія и различныхъ истцовъ: первый — мать ребенка, дѣйствующую отъ собственнаго имени, второй — самого ребенка въ лицѣ его законной представительницы — матери. Необходимо, однако, помнить, что многіе французскіе суды отказываютъ матери внѣбрачнаго ребенка въ ея требованіи содержанія для него, предъявленномъ къ его отцу на основаніи ст. 1382 Code Civil, что эта статья требуетъ в и н ы отвѣтчика, въ данномъ случаѣ, виновнаго обольщенія. Гдѣ послѣдняго нѣтъ и гдѣ нѣтъ

Digitized by Google

признанія отцовства письменными актами или дѣйствіями предполагаемаго отца, тамъ внѣбрачный ребенокъ и послѣ новаго закона останется попрежнему безъ всякой судебной защиты.

Всѣ ограничительныя и устрашительныя рогатки, которыми законъ 16-го ноября окружилъ предъявленіе иска о внѣбрачномъ отцовствѣ, тѣмъ болѣе характерны для господствующей во Франціи въ вопросѣ о внѣбрачныхъ дѣтяхъ «мужской морали», что ихъ устраненіе не было бы какимъ-либо необычайнымъ новшествомъ въ европейскомъ законодательствѣ. За пять лѣтъ до изданія закона 16 ноября 1912 года, 10 декабря 1907 года Швейцарское гражданское уложеніе удачно соединило преимущества романской и германской системъ при разрѣшеніи вопроса о внѣбрачномъ отцовствѣ. Здѣсь искъ о внѣбрачномъ отцовствѣ по общему правилу есть обязательственный искъ объ алиментахъ для ребенка и о возмѣщеніи матери расходовъ, вызванныхъ ея беременностью и разрѣшеніемъ отъ бремени (art. 309 и 317), но при опредѣленныхъ условіяхъ искъ этотъ можетъ быть расширенъ до семейно-правового иска о правахъ состоянія, при удовлетвореніи котораго предоставленіе алиментовъ въ силу спеціальныхъ правилъ объ отысканіи внѣбрачнаго отцовства замѣняется для отвѣтчика исполненіемъ обязанностей, возложенныхъ на законнаго родителя (art. 309). Истецъ имѣетъ право просить о «присужденіи» (Zusprechung) ребенка отвѣтчику въ томъ случаѣ, если послѣдній обѣщалъ жениться на матери ребенка или учинилъ въ отношеніи къ ней въ цѣляхъ сожительства какое-либо преступленіе или злоупотребилъ своею властью надъ нею (art. 323). По мысли законодателя, во всѣхъ этихъ случаяхъ фактическій составъ дѣлаетъ отцовство болѣе или менѣе вѣроятнымъ. Если обязательственный искъ о содержаніи и воспитаніи ребенка до 18-лѣтняго возраста можетъ быть обращенъ ко всякому отвѣтчику, каково бы ни было его семейное положеніе и изъ какой бы связи — прелюбодѣйной или кровосмѣсительной — ни произошелъ внѣбрачный ребенокъ, то, наоборотъ, семейно-правовой искъ о правахъ состоянія не можетъ быть направленъ противъ отвѣтчика, состоявшаго въ бракѣ ко времени сожительства (art. 323). Уложеніе не содержитъ никакихъ ограниченій въ доказательствахъ иска о внѣбрачномъ отцовствѣ, нѣтъ въ немъ и тѣхъ устрашительныхъ мѣръ противъ недобросовѣстнаго истца, которыя счелъ нужнымъ принять французскій законъ, болѣе озабоченный опасеніями возможнаго шантажа, чѣмъ судьбою внѣбрачныхъ дѣтей.

Д. С. Розенблюмъ.

Digitized by Google

Мѣсто преступнаго бездѣйствія.

Въ послѣднее время въ литературѣ уголовнаго права все болѣе утверждается мнѣніе, что вопросъ о мѣстѣ преступленія, даже учиненнаго посредствомъ положительнаго дѣйствія (по нѣмецкой терминологіи «das Thun» въ противоположность «das Unterlassen»), не допускаетъ, строго говоря, общаго, абсолютнаго, независимаго отъ цѣли, ради которой вопросъ ставится, рѣшенія. Въ самомъ дѣлѣ, что считать мѣстомъ такого преступленія? По опредѣленію Листа, положительное дѣйствіе есть произвольное причиненіе результата. Слѣдовательно, мѣстомъ преступленія является мѣсто причиненія преступнаго результата? Но, вѣдь, категорія пространства приложима только къ реальнымъ явленіямъ, между тѣмъ причиненіе не есть реальное явленіе, а лишь форма нашего сужденія о соотношеніи различныхъ явленій. Или, быть-можетъ, мѣстомъ преступленія слѣдуетъ считать мѣсто положительной дѣятельности, обусловливающей наступленіе результата, или мѣсто наступленія результата? Но, вѣдь, ни сама дѣятельность, ни ея результатъ въ отдѣльности не составляютъ еще преступленія; они суть лишь его элементы. Опредѣлять мѣсто преступленія по мѣсту одного изъ его элементовъ не значитъ ли, строго говоря, принимать часть за цѣлое? [1])

Еще болѣе недоумѣній вызываетъ вопросъ о мѣстѣ преступнаго бездѣйствія, а между тѣмъ вопросъ этотъ, часто возникающій въ судебной практикѣ относительно преступленій, состоящихъ въ невыполненіи той или другой законной обязанности, не находитъ себѣ для русскихъ судебныхъ учрежденій отвѣта въ рѣшеніяхъ Сената.

По ст. 548 (по Прод. 1906 г.) устава о промышленности, промышленники и торговцы золотомъ и серебромъ въ слиткахъ и издѣліяхъ, не заявившіе мѣстному пробирному установленію о промыслѣ или торговлѣ, подвергаются денежному взысканію. Спрашивается, какъ должна быть опредѣлена мѣстная подсудность

[1]) См. Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht, 1902, и въ «Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts in Deutschland», Allg. Teil, I B., 1908.

Digitized by Google

нарушенія ст. 548 уст. о пром. — по мѣсту подлежащаго пробирнаго установленія, по мѣсту производства мастерства или, наконецъ, по мѣсту жительства обвиняемаго? Однородный вопросъ возникаетъ при примѣненіи и другихъ аналогичныхъ карательныхъ постановленій спеціальныхъ уставовъ, съ которыми приходится имѣть дѣло мировымъ судебнымъ учрежденіямъ въ силу примѣчанія 1-го къ ст. 33 уст. угол. судопр.

Чтобы ограничить предѣлы дальнѣйшаго обсужденія вопроса, вызваннаго чисто практическою необходимостью повседневнаго опредѣленія мѣстной подсудности преступленій, состоящихъ въ недоставленіи подлежащимъ учрежденіямъ требуемыхъ по закону свѣдѣній, замѣтимъ, что проступки этого рода подходятъ подъ общее понятіе «чистаго или настоящаго бездѣйствія» (die echten Unterlassungsdelikte), которые отличаются отъ «die unechten Unterlassungsdelikte» тѣмъ, что при первыхъ законодатель считаетъ рѣшающимъ наступленіе ожидавшагося послѣдствія, напр., непоступленіе въ подлежащее учрежденіе требуемаго заявленія, тогда какъ при вторыхъ рѣшающимъ является наступленіе результата, который виновный долженъ былъ бы предупредить, напр., гибель лица, завлеченнаго виновнымъ въ опасность и имъ не спасеннаго. Только «настоящее бездѣйствіе» интересуетъ насъ въ дальнѣйшемъ.

Въ своемъ абсолютномъ значеніи («гдѣ вообще что-либо не было совершено?») вопросъ о мѣстѣ преступнаго бездѣйствія такъ же труденъ, какъ и классическій вопросъ, часто уподобляемый задачѣ построенія квадратуры круга, о причинности бездѣйствія, но если отъ этого послѣдняго вопроса можно, на худой конецъ, отдѣлаться замѣчаніемъ Листа, что споръ о его рѣшеніи есть одинъ изъ самыхъ безплодныхъ споровъ, которые когда-либо велись въ наукѣ уголовнаго права, то никоимъ образомъ нельзя того же замѣчанія приложить къ вопросу о мѣстѣ преступнаго бездѣйствія. Практически такъ или иначе нужно выйти изъ затрудненій, которыя встрѣчаетъ его рѣшеніе, такъ какъ во всѣхъ положительныхъ законодательствахъ мѣстная подсудность преступленія опредѣляется мѣстомъ ихъ учиненія (forum delicti commissi).

Если трудность нахожденія въ бездѣйствіи момента причиненія обусловливается общимъ признаніемъ за аксіому положенія: «ex nihilo nihil fit»[1]), то равнымъ образомъ трудность теорети-

[1]) Впрочемъ, должно оговориться, что положительное рѣшеніе вопроса о причинномъ моментѣ бездѣйствія не невозможно при той новой постановкѣ этого вопроса, которую придала ему критическая философія, понимающая подъ причинностью связь не «вещей въ себѣ», а лишь актовъ сознанія, связь логическую, а не естественную. См. С. П. Мокринскій Наказаніе, его цѣли и предположенія, часть III, стран. 506 и слѣд.

Digitized by Google

ческаго рѣшенія вопроса о мѣстѣ преступнаго бездѣйствія обусловливается необходимостью признанія, что, если что-либо не было выполнено, то не было выполнено нигдѣ, а не только въ какомъ-либо опредѣленномъ мѣстѣ. Если, допустимъ, я сегодня не ѣлъ, не работалъ, то, вѣдь, о любомъ мѣстѣ, а не только о мѣстѣ моего пребыванія можно сказать, что я въ немъ не ѣлъ и не работалъ.

Однако, не разрѣшимый въ своемъ вышеуказанномъ абсолютномъ значеніи (гдѣ вообще что-либо не было совершено?) вопросъ о мѣстѣ бездѣйствія практически все же разрѣшается, когда при постановкѣ его бездѣйствіе сопоставляется съ требуемымъ дѣйствіемъ. Въ самомъ дѣлѣ, выраженіе «мѣсто бездѣйствія» или вовсе не имѣетъ смысла, или имѣетъ условный, соотвѣтствующій обычному словоупотребленію, смыслъ, при которомъ, говоря о мѣстѣ бездѣйствія, разумѣютъ мѣсто, гдѣ извѣстное дѣйствіе должно было быть совершено, и тѣмъ не менѣе, совершено не было. Такъ именно и опредѣляется мѣсто бездѣйствія господствующимъ мнѣніемъ и такое опредѣленіе естественно въ той же мѣрѣ, въ какой естественно сопоставленіе бездѣйствія съ требуемымъ дѣйствіемъ: одно составляетъ коррелатъ другого. Напротивъ, совершенно непонятно, почему бы мы стали бездѣйствію лица противополагать его пребываніе въ томъ или другомъ мѣстѣ, и мѣстомъ бездѣйствія называть мѣсто его пребыванія.

Когда Кризъ въ своемъ «Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts» (1892 г., стран. 162) говоритъ, что «преступленія, состоящія въ бездѣйствіи, учиняются тамъ, гдѣ виновникъ находится, или гдѣ дѣйствіе должно бы быть совершено», то, кромѣ мало убѣдительнаго слова «selbstverständlich», онъ не приводитъ никакихъ объясненій, которыя бы дѣлали понятнымъ, почему первое мѣсто приравнивается ко второму.

Господствующій взглядъ на мѣсто преступнаго бездѣйствія раздѣляется и большинствомъ русскихъ юристовъ; его придерживаются, не останавливаясь ближе на его обоснованіи, Таганцевъ («Русское уголовное право», часть общая, т. I, стран. 308), Случевскій («Учебникъ русскаго уголовнаго процесса,» 1910 г., стран. 281), Фойницкій («Курсъ уголовнаго судопроизводства», т. II, 1910 г., стран. 142). Послѣдній иллюстрируетъ его такими примѣрами: мѣстомъ бездѣйствія власти (ст. 339 улож.) будетъ не мѣсто нахожденія виновнаго должностного лица въ то время, когда извѣстныя мѣры оно по службѣ должно было предпринять, а мѣсто, гдѣ оно обязано было распорядиться о принятіи ихъ; мѣстомъ преступнаго дѣянія, 467 ст. улож. предусмотрѣннаго, слѣдуетъ

Digitized by Google

признавать мѣсто, въ которомъ должностное лицо обязано было свидѣтельствовать казначейства или иныя денежныя кассы.

Напротивъ, Н. Неклюдовъ въ своемъ извѣстномъ «Руководствѣ для мировыхъ судей» (въ толкованіяхъ подъ ст. 36 уст. уг. суд.) высказываетъ слѣдующія сужденія: «Мѣстомъ совершенія преступныхъ упущеній является или мѣсто нахожденія того предмета, по отношенію къ которому сдѣлано упущеніе, напримѣръ, неочистка отхожихъ мѣстъ, несвозъ мусора, снѣга и т. п., или же они не имѣютъ опредѣленнаго мѣста совершенія, какъ, напримѣръ, неявка къ осмотру, которая есть исполненіе личныхъ обязанностей, и, какъ таковое, подлежитъ суду того мѣста, гдѣ обвиняемый имѣетъ свое мѣстожительство или пребываніе. Словомъ, подсудность изъ территоріальной превращается въ личную». По поводу этихъ сужденій должно замѣтить, что поскольку въ нихъ мѣсто бездѣйствія опредѣляется мѣстомъ нахожденія того предмета, по отношенію къ которому должно было быть совершено дѣйствіе, то это опредѣленіе, отличаясь отъ господствующаго по формѣ, совпадаетъ съ нимъ по существу, ибо, конечно, мѣсто, гдѣ должно было бы быть совершено дѣйствіе въ отношеніи того или другого предмета, есть въ то же время мѣсто нахожденія этого предмета: отхожія мѣста должны быть очищаемы тамъ, гдѣ они находятся; мусоръ долженъ быть удаляемъ оттуда, гдѣ онъ сваленъ и т. п.; что же касается второго высказаннаго Неклюдовымъ положенія, то, превращая территоріальную подсудность въ личную, оно не имѣетъ для этого ни малѣйшаго основанія въ законѣ, ни тѣмъ болѣе, въ самомъ началѣ мѣстной подсудности, которое авторомъ комментируется.

Но установленіемъ начала, что мѣстомъ преступнаго бездѣйствія должно почитаться мѣсто, гдѣ слѣдовало совершить требуемое дѣйствіе, вопросъ еще не исчерпывается. Если отправляться отъ примѣра, приведеннаго въ началѣ настоящей замѣтки, то сказавъ, что мѣстомъ проступка, предусмотрѣннаго въ ст. 548 уст. о пром. должно считаться мѣсто, гдѣ промышленникъ или торговецъ золотомъ или серебромъ должны заявить пробирному установленію о производствѣ промысла или торговли, мы подсказываемъ новый вопросъ, гдѣ же это мѣсто? Вѣдь, обвиняемый могъ бы послать заявленіе пробирному установленію и изъ мѣста своего жительства, и изъ мѣста производства промысла и, наконецъ, изъ всякаго иного мѣста. Однако, новый указанный вопросъ болѣе или менѣе легко разрѣшается при помощи слѣдующихъ соображеній. Понятіе дѣйствія (въ положительномъ смыслѣ) обнимаетъ собою не только извѣстное тѣлодвиженіе, физическій

Digitized by Google

актъ, но и осуществленное имъ послѣдствіе (см. объ этомъ въ особенности у Liszt'a, «Lehrbuch des Deutschen Strafrechts»). Убить — не значитъ выстрѣлить, ударить жертву ножемъ и т. п., но значитъ: посредствомъ выстрѣла, удара ножомъ и т. п. причинить смерть кому-либо. Точно такъ же заявить не значитъ послать, принести, вручить заявленіе, а значитъ посредствомъ посылки или непосредственнаго врученія заявленія или, наконецъ, посредствомъ устной передачи свѣдѣній (если таковая допускается) поставить надлежащее лицо или учрежденіе въ извѣстность о чемъ-либо. Логически тѣлодвиженіе (или совокупность тѣлодвиженій, напр., написаніе заявленія, запечатаніе его въ конвертъ, передвиженіе вмѣстѣ съ нимъ до почты и т. д.) и обусловливаемое тѣлодвиженіемъ слѣдствіе образуютъ въ понятіи дѣйствія равнозначущіе элементы, но право можетъ дѣлать удареніе то на одномъ, то на другомъ изъ нихъ. Если законъ (ст. 532 уст. о пром. по Прод. 1906 г.) возлагаетъ на промышленниковъ и торговцевъ золотомъ или серебромъ обязанность «подавать заявленія о производствѣ промысла или торговли мѣстнымъ пробирнымъ установленіямъ», то неясно ли, что законъ требуетъ именно доставленія заявленія въ подлежащее учрежденіе, а не посылки его, интересуясь исключительно послѣдствіемъ (наличность заявленія въ подлежащемъ учрежденіи къ извѣстному сроку), а не тѣмъ физическимъ актомъ (или совокупностью актовъ), которымъ оно произведено. Слѣдовательно, мѣстомъ требуемаго заявленія и должно быть признаваемо мѣсто нахожденія того учрежденія, которому заявленіе должно быть сдѣлано. Такое рѣшеніе вопроса, будучи логически послѣдовательнымъ, вмѣстѣ съ тѣмъ представляется единственно возможнымъ, ибо, если, отодвинувъ на задній планъ моментъ доставленія заявленія, мы, напротивъ, будемъ считать существеннымъ моментъ отправленія заявленія, то мы тщетно будемъ искать мѣста послѣдняго, такъ какъ отправлено заявленіе можетъ быть, какъ уже сказано, откуда угодно.

Если Kitzinger въ названной выше монографіи о мѣстѣ и времени дѣянія высказываетъ иной взглядъ, а именно, что п р и т е р р и т о р і а л ь н о м ъ п р и н ц и п ѣ п о д с у д н о с т и мѣстомъ т р е б у е м а г о (дѣйствительно не совершеннаго) дѣйствія должно считать мѣсто пребыванія (именно пребыванія, а не жительства) лица въ то время, когда дѣйствіе должно было быть совершено, то это объясняется тѣмъ, что, установивъ въ началѣ своей работы возможность различнаго рѣшенія вопроса о мѣстѣ дѣйствія, въ зависимости отъ различныхъ соотношеній (in den verschiedenen Zusammenhängen), Kitzinger затѣмъ самъ не оцѣниваетъ

Digitized by Google

въ должной мѣрѣ значенія этой мысли и пытается дать одно общее рѣшеніе для опредѣленія мѣста и совершеннаго противозаконнаго содѣянія[1]) и закономъ требуемаго дѣйствія, лишь гипотетически противополагаемаго допущенному виновнымъ бездѣйствію. Что въ дѣйствительности такое однообразіе въ рѣшеніи вопроса невозможно, видно хотя бы изъ слѣдующаго: одно изъ соображеній, которое заставляетъ Kitzinger'а считать мѣстомъ преступнаго содѣянія мѣсто учиненнаго акта (совпадающаго съ мѣстомъ пребыванія лица въ моментъ учиненія акта), а не послѣдовавшаго результата (Tätigkeitstheorie), заключается въ указаніи на особое значеніе, которое современное уголовное право придаетъ преступной волѣ, проявляемой именно въ актѣ, въ дѣятельности, а не въ результатѣ ея, но, спрашивается, развѣ то же соображеніе mutatis mutandis можно повторить и относительно требуемаго закономъ, но въ дѣйствительности не совершеннаго дѣйствія, развѣ и въ этомъ случаѣ, съ точки зрѣнія положительнаго права, важнѣе добрая воля гражданъ, чѣмъ нужный для государственной власти результатъ (примѣнительно къ нашему примѣру: доставленіе требуемаго заявленія въ подлежащее учрежденіе)? Затѣмъ, и это самое главное, какимъ образомъ опредѣлить мѣсто пребыванія лица во время требуемаго, но не выполненнаго положительнаго дѣйствія, когда законъ устанавливаетъ время собственно только для результата этого дѣйствія, а не для него самого? Примѣнительно къ нашему примѣру слѣдовало бы спросить: къ какому моменту должно быть отнесено не имѣвшее въ дѣйствительности мѣста отправленіе въ подлежащее учрежденіе требуемаго заявленія, если законъ опредѣляетъ лишь моментъ, къ которому долженъ былъ бы наступить результатъ невыполненной дѣятельности (доставленіе заявленія въ подлежащее учрежденіе)? Какъ легко видѣть, отвѣтить на этотъ вопросъ невозможно.

Свою ошибку, повидимому, если не созналъ, то почувствовалъ и самъ Kitzinger. По крайней мѣрѣ, въ концѣ-концовъ и онъ, но уже въ видѣ компромисса между территоріальнымъ и реальнымъ принципами (реальнымъ принципомъ, какъ извѣстно, называется принципъ опредѣленія подсудности преступныхъ посягательствъ по мѣсту нахожденія защищаемыхъ закономъ интересовъ, составляющихъ объектъ посягательствъ) и ради «техническаго упрощенія» признаетъ желательнымъ опредѣленіе подсудности

[1]) Пользуемся въ этомъ случаѣ терминомъ «содѣяніе» для передачи нѣмецкаго «das Thun», слѣдуя примѣру русскаго перевода учебника Листа, сдѣланнаго Ф. Ельяшевичъ.

Digitized by Google

бездѣйствія по мѣсту требуемаго результата (der Ort des Erfolges). Техническое преимущество такого опредѣленія, по его мнѣнію, заключается въ томъ, что точное указаніе на это мѣсто обычно содержится уже въ самомъ законѣ: учрежденіе, которому должно быть сдѣлано заявленіе, домъ, который за ветхостью долженъ быть сломанъ, садъ, который долженъ быть очищенъ отъ гусеницъ и т. п. Съ нашей точки зрѣнія, выводъ, къ которому въ концѣ-концовъ приходитъ и Kitzinger, не столько технически удобенъ (какъ разъ въ этомъ можно сомнѣваться), сколько логически неизбѣженъ.

Безъ достаточнаго основанія противопоставляется этому выводу извѣстное автору настоящей замѣтки уже не изъ литературы, а изъ офиціальной переписки возраженіе, что опредѣленіе подсудности проступковъ, состоящихъ въ неподачѣ подлежащему учрежденію требуемаго закономъ заявленія, по мѣсту нахожденія учрежденія непріемлемо уже потому, что прикрѣпляетъ цѣлыя категоріи проступковъ къ одному неподвижному мѣсту, — къ тому, гдѣ находится учрежденіе. Какъ-будто въ этомъ отношеніи проступки, послужившіе поводомъ для настоящей замѣтки, не раздѣляютъ судьбы проступковъ иного рода. Еще сравнительно недавно (31 мая 1912 г.) Московскій Мировой Съѣздъ при обсужденіи въ общемъ собраніи подсудности проступковъ, предусмотрѣнныхъ ст. 518 улож. о наказ., своимъ постановленіемъ «прикрѣпилъ» подсудность этихъ проступковъ къ тѣмъ мѣстамъ, гдѣ находятся административныя учрежденія, вѣдающія учеть нижнихъ чиновъ запаса арміи и флота[1]).

---

[1]) Недавно одинъ изъ мировыхъ съѣздовъ, разрѣшая пререканіе по вопросу о подсудности проступковъ, предусмотрѣнныхъ 548 ст. уст. о пром., высказался за подсудность ихъ по мѣсту производства обвиняемымъ промысла или торговли по слѣдующимъ соображеніямъ: «проступокъ долженъ имѣть своимъ объектомъ нѣчто конкретное; даже, если онъ состоитъ въ бездѣйствіи, все-таки послѣднее должно относиться къ опредѣленному предмету, находящемуся въ опредѣленномъ мѣстѣ; сущность проступковъ, подобныхъ разсматриваемому здѣсь, не только въ томъ, что не подано то или иное заявленіе, а главнымъ образомъ въ обладаніи имуществомъ или предпріятіемъ безъ предписанной закономъ формы. Съ этой точки зрѣнія проступокъ обвиняемаго состоитъ въ томъ, что онъ, имѣя мастерскую золотыхъ и серебряныхъ дѣлъ и будучи обязанъ по отношенію этой мастерской соблюсти законную форму, предписанныхъ закономъ правилъ не выполнилъ, а потому только и можетъ быть пріуроченъ къ мѣсту нахожденія мастерской». Въ соображеніяхъ этихъ легко вскрываются слѣдующія четыре погрѣшности: 1) въ нихъ высказывается новое для криминалистовъ утвержденіе будто проступокъ долженъ имѣть своимъ объектомъ непремѣнно нѣчто конкретное (позволительно спросить, гдѣ, напр., конкретный объектъ преступленія, состоявшаго въ неявкѣ къ отбыванію воинской повинности?); 2) мѣсто преступленія безъ всякихъ дальнѣйшихъ объясненій отождествляется съ мѣстомъ объекта преступленія; 3) объектомъ преступленія, состоящаго въ незаявленіи подлежащему пробирному установленію о производствѣ золотыхъ

Digitized by Google

Соглашаясь, хотя, какъ видно изъ вышеизложеннаго, по совсѣмъ инымъ основаніямъ съ конечнымъ выводомъ, къ которому пришелъ Kitzinger, относительно подсудности «настоящаго бездѣйствія», мы не можемъ не согласиться съ нимъ и еще въ одномъ: въ виду значительныхъ теоретическихъ затрудненій, встрѣчаемыхъ при установленіи мѣстной подсудности [1]), и въ виду того, что часто бываетъ неясно, какой моментъ въ преступленіи (внѣшній актъ или его результатъ) считаетъ законодатель наиболѣе существеннымъ, представляется желательнымъ помѣщеніе въ положительныхъ законодательствахъ, кромѣ общаго выраженія принципа мѣстной подсудности, частныхъ правилъ, которыя могли бы служить къ руководству при опредѣленіи мѣстной подсудности извѣстныхъ категорій преступленій, и которыя, по соображеніямъ о практическихъ удобствахъ, могли бы быть и исключеніемъ изъ общаго правила. Въ виду такихъ практическихъ удобствъ, быть-можетъ, было бы желательно создать исключеніе и для опредѣленія мѣстной подсудности преступнаго бездѣйствія, но пока этого нѣтъ, судъ не вправѣ уклониться отъ послѣдовательнаго примѣненія правила, выраженнаго въ стт. 36 и 208 устава уголовнаго судопроизводства.

Н. Полянскій.

дѣлъ мастерства, признается не общественный интересъ правительственнаго надзора за производствомъ золотого промысла, а собственное имущество обвиняемаго; 4) самая конструкція преступленія произвольно искажается, и то, что составляетъ сущность преступленія въ опредѣленіи его законодателемъ — незаявленіе о производствѣ мастерства, — превращается лишь въ условіе наказуемости обладанія имуществомъ, которое, такимъ образомъ, и становится сущностью преступленія; между тѣмъ, мѣняя такъ произвольно конструкцію преступленія, можно, пожалуй, сказать, что кража не есть тайное похищеніе чужого движимаго имущества, а есть обладаніе чужимъ имуществомъ, тайно изъятаго изъ владѣнія другого лица.

[1]) Другой примѣръ этихъ трудностей составляютъ хотя бы только что названные подсудные мировымъ судьямъ проступки, предусмотрѣнные ст. 518, а также 506 и 519 Улож. о Нак.

Digitized by Google

Литературное Обозрѣніе.

К. Н. Соколовъ (приватъ-доцентъ С.-Петербургскаго университета). Парламентаризмъ. Опытъ правовой теоріи парламентарнаго строя. С.-Петербургъ 1912 г, 432 стран. Ц. 3 рубля.

Передъ нами — талантливо написанная книга, касающаяся одного изъ важнѣйшихъ вопросовъ современнаго государствовѣдѣнія. Противъ нѣкоторыхъ изъ выставленныхъ авторомъ положеній можно спорить, но, давая общую оцѣнку его работѣ, нужно сказать, что его изслѣдованіе представляетъ собою солидный научный трудъ, заслуживающій самаго серіознаго вниманія со стороны всякаго, интересующагося вопросами конституціоннаго права.

Авторъ видитъ одинъ изъ существеннѣйшихъ пробѣловъ въ современной литературѣ государственнаго права въ отсутствіи работы, которая ставила бы себѣ цѣлью изучить парламентаризмъ какъ правовой институтъ. О парламентаризмѣ писалось не мало, но до сего времени, говоритъ онъ, «наука государственнаго права не выработала еще полной, исчерпывающей теоріи парламентаризма и дуализма, и, трактуя ихъ, «нерѣдко осуждена на оперированіе, быть-можетъ, безсознательно правильными, но житейскими, традиціонными, если можно такъ выразиться «обывательскими» о нихъ сужденіями» (стран. 1, 2). К. Н. Соколовъ объясняетъ это неудовлетворительное состояніе современной науки государственнаго права по вопросу о парламентаризмѣ тѣмъ, что эта наука въ обоихъ своихъ направленіяхъ — юридическомъ и политическомъ — не сумѣла подойти къ изученію парламентаризма съ надлежащей точки зрѣнія: юридическое направленіе, ограничивая свой кругозоръ одними правовыми институтами и не признавая таковымъ парламентаризмъ, оставило его совершенно за предѣлами своего поля зрѣнія; политическое же направленіе, «для котораго все государствовѣдѣніе вообще есть только и всецѣло политика»,

Digitized by Google

говоря о парламентаризмѣ, дало только «описанія, политическія сужденія, историческія изысканія» (стран. 3). Въ работахъ представителей обоихъ направленій современной науки государственнаго права авторъ не нашелъ ни «опредѣленія» ни «теоріи» парламентаризма» (тамъ же). Этотъ существенный пробѣлъ въ современной наукѣ о государствѣ авторъ и хочетъ пополнить своимъ изслѣдованіемъ: его задача — дать опредѣленіе парламентаризма и «выяснить существо его, какъ своеобразной формы представительнаго государственнаго устройства» (Введеніе, стран. V, VI).

Книга К. Н. Соколова раздѣляется на двѣ части. Въ первой, озаглавленной «Существо парламентаризма», авторъ, во-первыхъ, знакомитъ съ исторіей парламентарнаго строя въ Англіи, во Франціи и въ Бельгіи (главы I, II и III) и съ новѣйшей эволюціей парламентарнаго строя (глава VIII); во-вторыхъ, излагаетъ правила, регулирующія функціонированіе парламентарнаго строя въ тѣхъ трехъ государствахъ, съ исторіей парламентаризма въ которыхъ онъ познакомилъ въ первыхъ главахъ (главы IV, V, VI, VII). Вторая часть, носящая названіе «Юридическая природа парламентаризма», состоитъ изъ двухъ отдѣловъ: первый (главы I и II) посвященъ обзору и критической оцѣнкѣ ученій о парламентаризмѣ, а второй (главы III и IV) — изложенію и обоснованію собственной правовой теоріи парламентаризма автора и предлагаемой имъ классификаціи государственныхъ формъ. Послѣднія страницы книги отведены «Заключенію», которое даетъ политическую оцѣнку парламентаризма и опредѣляетъ мѣсто, занимаемое имъ въ эволюціи формъ устройства современнаго государства.

Этотъ обзоръ содержанія книги К. Н. Соколова показываетъ, что она написана по очень широкой программѣ: она разсматриваетъ парламентаризмъ съ самыхъ разнообразныхъ точекъ зрѣнія и изучаетъ его и какъ историческое явленіе, и какъ правовой институтъ, и какъ политическое учрежденіе. Авторъ не придаетъ однако этимъ различнымъ точкамъ зрѣнія одинаковое значеніе и соотвѣтственно этому неодинаково цѣнитъ и различныя части своего труда. Выдвигая на первый планъ тѣ отдѣлы книги, въ которыхъ онъ построяетъ свою теорію парламентаризма и свою классификацію государственныхъ формъ, онъ придаетъ второстепенное значеніе тѣмъ частямъ своего труда, въ которыхъ онъ излагаетъ «результаты своихъ изысканій въ области исторіи и политики парламентаризма» (стран. V). Намъ кажется однако, что, высказывая такое сужденіе, авторъ несправедливъ по отношенію къ тѣмъ очень содержательнымъ главамъ своей книги, въ которыхъ онъ знакомитъ читателя съ исторіей парламентаризма въ Англіи, Франціи и Бель-

Digitized by Google

гіи, и что онъ придаетъ преувеличенное значеніе своимъ теоретическимъ построеніямъ—своей теоріи парламентаризма и своей классификаціи государственныхъ формъ. Если исторической части труда К. Н. Соколова можетъ быть сдѣланъ упрекъ, то онъ заключается въ томъ, что авторъ не изображаетъ въ ней эволюціи парламентаризма вообще, а знакомитъ лишь съ отдѣльными эпизодами изъ этой эволюціи, излагая въ отдѣльныхъ, самостоятельныхъ другъ отъ друга очеркахъ внѣшній ходъ развитія парламентарныхъ учрежденій въ Англіи, Франціи и Бельгіи. Благодаря такому способу изложенія остаются скрытыми какъ общія условія, имѣющія своимъ неотразимымъ послѣдствіемъ образованіе парламентарнаго строя во всѣхъ унитарныхъ представительныхъ государствахъ, въ которыхъ привился и созрѣлъ конституціонный порядокъ, такъ и тѣ причины, по которымъ парламентаризмъ не нашелъ благопріятной почвы для своего развитія въ большинствѣ федеративныхъ государствъ, какъ республиканскаго, такъ и монархическаго типа.

Аналогичными достоинствами отличаются, но и аналогичными недостатками страдаютъ главы, посвященныя описанію правилъ, регулирующихъ функціонированіе парламентаризма: и эти главы составлены на основаніи богатаго матеріала, прекрасно разработаннаго, но и въ нихъ этотъ матеріалъ ограниченъ лишь предѣлами трехъ государствъ. Такое ограниченіе авторъ объясняетъ тѣмъ, что онъ «добросовѣстно стремился не злоупотреблять вниманіемъ и временемъ читателей своей книги и не загромождать ея чрезмѣрнымъ количествомъ фактическихъ данныхъ (Введеніе, VI). Намъ кажется, что авторъ могъ бы гораздо успѣшнѣе достигнуть той же цѣли инымъ путемъ, а именно, опуская при описаніи порядка функціонированія парламентарнаго строя цѣлый рядъ подробностей, не представляющихъ собою ничего типическаго и не имѣющихъ для выясненія юридической природы парламентаризма никакого существеннаго значенія. Къ такимъ подробностямъ относятся, напр., тѣ детали, которыя приводитъ авторъ, описывая различные министерскіе кризисы, и которыя доходятъ до такихъ мелочей, какъ указаніе на число голосовъ, при помощи которыхъ былъ свергнутъ кабинетъ Брольи (стран. 166, 167) или было выражено довѣріе министерству Вандевейера (стран. 142). Значительно сокращены могли бы быть и описанія эпизодовъ изъ новѣйшей исторіи Германіи, которые еще у всѣхъ въ памяти и краткое упоминаніе о которыхъ вполнѣ достигло бы своей цѣли; врядъ ли можно считать умѣстнымъ отводить болѣе полулиста (стран. 346—355) описанію либерально-консервативной эры князя Бюлова въ книгѣ, въ ко

Digitized by Google

торой главной темѣ — теоріи парламентаризма — посвящено всего 15 страницъ (410—424). Другой недостатокъ разбираемыхъ главъ заключается въ томъ, что авторъ, описывая въ нихъ порядокъ функціонированія парламентаризма, не разграничиваетъ юридическихъ нормъ, безусловно связывающихъ верховные органы, отъ условныхъ политическихъ правилъ, т.-е. такихъ, которыя не предписываютъ извѣстнаго поведенія, а лишь рекомендуютъ его ради достиженія опредѣленной цѣли, и ставитъ, напр., на одну доску требованіе, гласящее, что министерство, политика котораго осуждена вотумомъ парламента, обязано сложить свои полномочія, съ правиломъ, по которому при открытіи министерскаго кризиса глава государства призываетъ президентовъ палатъ для обсужденія состава новаго кабинета (стран. 282, 283).

Центральное мѣсто въ изслѣдованіи К. Н. Соколова занимаетъ та глава (IV глава части второй), въ которой онъ излагаетъ свою теорію парламентаризма. Эта теорія исходитъ изъ того пониманія права, которое лежитъ въ основаніи психологической теоріи права Л. І. Петражицкаго. Признавая это пониманіе безусловно правильнымъ и не считая поэтому нужнымъ ни анализировать, ни обосновывать его, онъ, усвоивая опредѣленіе, данное праву Петражицкимъ, выставляетъ положеніе, утверждающее, что должно почитаться юридической нормой всякое регулирующее отношеніе парламента къ правительству правило, относительно котораго будетъ «установлено», что оно «переживается» участниками конституціонныхъ отношеній, какъ императивно-аттрибутивная норма, совершенно независимо отъ того, гарантирована она общественной санкціей или лишена таковой, и облечена ли она въ форму, дѣлающую ее распознаваемой для тѣхъ, которыхъ она должна связывать, или нѣтъ. Это, если можно такъ выразиться, совершенно внѣшнее примѣненіе психологической теоріи права къ выясненію вопроса объ юридической природѣ парламентаризма врядъ ли можетъ быть признано удовлетворительнымъ разрѣшеніемъ поставленной себѣ К. Н. Соколовымъ проблемы. Намъ думается, что психологическая теорія права, несмотря на весь высокій авторитетъ ея творца, еще не завоевала себѣ въ наукѣ того безспорнаго господства, которое позволяло бы ссылаться на ея построенія, какъ на положенія, не нуждающіяся ни въ обоснованіи, ни въ объясненіи: нельзя, на нашъ взглядъ, признать научно доказаннымъ положеніе, что всякое правило, переживаемое какъ императивно-аттрибутивная норма, есть юридическая норма, и нельзя поэтому и правовую теорію парламентаризма, которая исходитъ изъ этого положенія,

Digitized by Google

не подкрѣпляя его доводами, признать теоріей, покоящейся на прочномъ научномъ фундаментѣ.

Серіозныя возраженія должна встрѣтить и предложенная К. Н. Соколовымъ въ главѣ IV второй части классификація формъ государственнаго устройства. Всѣ современныя государства, по его ученію, распадаются на республики и монархіи. Критерій, по которому слѣдуетъ различать эти двѣ государственныя формы, по словамъ автора, нужно искать въ особенностяхъ юридическаго положенія высшаго органа правительственной власти (стран. 413). Въ республикѣ глава государства носитъ характеръ должностного лица, чиновника, онъ поэтому ответственъ, въ монархіи же онъ «выдѣляется изъ ряда прочихъ органовъ власти и это своеобразное его положеніе обусловливается его безответственностью» (стран. 414). Эти утвержденія однако трудно привести въ согласіе съ тѣмъ, что авторъ говоритъ о положеніи главы государства въ парламентарной республикѣ. Парламентарное государство, будь то республика или монархія, разсуждаетъ авторъ, предполагаетъ наличность политически «нейтральнаго» главы государства, призваннаго заботиться о поддержаніи въ каждый данный моментъ обязательной гармоніи между правительствомъ и парламентомъ; этимъ нейтральнымъ органомъ, этимъ неподвижнымъ центромъ и является въ парламентарной монархіи безотвѣтственный монархъ, а въ парламентарной республикѣ — политически неотвѣтственный президентъ. К. Н. Соколовъ, такимъ образомъ, съ одной стороны, видитъ въ отвѣтственности главы государства необходимый признакъ республики, съ другой же — утверждаетъ, что существо парламентарной республики требуетъ, чтобы въ ней глава государства пользовался политической безотвѣтственностью. Такъ какъ послѣднее утвержденіе безспорно и подтверждается тѣмъ положеніемъ, которое занимаетъ президентъ во Французской республикѣ, то необходимо прійти къ заключенію, что авторъ ошибается, видя въ безотвѣтственности главы государства тотъ признакъ, который отличаетъ монархію отъ республики.

Монархіи и республики К. Н. Соколовъ дѣлитъ далѣе по признаку представительнаго строя на абсолютныя и представительныя, а эти послѣднія по признаку парламентаризма — на дуалистическія и парламентарныя (стран. 415, 416).

Этому послѣднему дѣленію авторъ придаетъ первостепенное значеніе и съ нимъ связываетъ главнѣйшіе выводы своего изслѣдованія. «Въ современной наукѣ государственнаго права», такъ начинаетъ авторъ свою книгу, «принято дѣлить всѣ вообще представительныя государства, какъ монархіи, такъ и республики,

Digitized by Google

на двѣ группы: на группу государствъ парламентарныхъ и на группу государствъ дуалистическихъ» (стран. 1) и слѣдующими словами заканчиваетъ послѣднюю главу своего изслѣдованія: «Дуализмъ и парламентаризмъ въ мірѣ государствъ съ представительнымъ строемъ—категоріи универсальныя. Всякое представительное государство обязательно находитъ себѣ мѣсто въ одной изъ нихъ; всякое представительное государство есть обязательно или дуалистическое или парламентарное государство. Таковъ конечный выводъ, который вытекаетъ изъ примѣненія данныхъ правовой теоріи парламентаризма къ классификаціи формъ государственнаго устройства и который только и даетъ возможность въ кажущемся хаосѣ этихъ формъ познать опредѣленную систему и въ пестрой смѣнѣ ихъ въ исторіи различить линію планомѣрнаго политическаго развитія» (стран. 423, 427).

Эти утвержденія мы не можемъ признать правильными. Прежде всего авторъ ошибается, говоря, что въ современной наукѣ принято дѣлить современныя представительныя государства на «парламентарныя и дуалистическія». Такое дѣленіе мы, правда, находимъ у нѣкоторыхъ русскихъ писателей (Н. И. Лазаревскаго, В. М. Гессена, С. А. Котляревскаго), но оно совершенно чуждо западной наукѣ. Если въ нѣмецкой государственно-правовой литературѣ и встрѣчается терминъ «дуализмъ», то для характеристики того антагонизма, который существовалъ въ средніе вѣка между церковью и государствомъ, а затѣмъ между королемъ и сословіями, но эпитетъ «дуалистическій» никогда не примѣняется нѣмецкими учеными для обозначенія особой категоріи представительныхъ государствъ, противопоставляемыхъ парламентарнымъ государствамъ. Такой категоріи западная наука вообще не знаетъ. И это вполнѣ понятно: представительныя государства, которыя К. Н. Соколовъ обозначаетъ терминомъ дуалистическихъ и къ которымъ онъ относитъ всѣ представительныя государства, въ которыхъ не сложился или не упрочился парламентарный строй какъ правовой институтъ (стран. 411), т.-е. и Швейцарію (стран. 423), и Японію, и Россію и Англію до 1841 года (стран. 388, 389), представляютъ собою такія принципіально разнородныя государственныя образованія, что подводить ихъ подъ одну категорію политическихъ формъ, объединенныхъ общими государственно-правовыми признаками, безусловно нельзя. Неудивительно поэтому, что К. Н. Соколовъ, дающій опредѣленіе парламентарнаго государства и подробно это опредѣленіе мотивирующій, отъ опредѣленія дуалистическаго государства уклоняется и вопросъ о томъ, что слѣдуетъ подъ нимъ понимать, оставляетъ безъ отвѣта. Нельзя, конечно,

Digitized by Google

признать такимъ отвѣтомъ слѣдующія его объясненія: «Только государства..., въ которыхъ нормы парламентаризма образуютъ составную часть ихъ конституціоннаго права, должны быть называемы парламентарными въ собственномъ смыслѣ. Всѣ прочія представительныя государства, какъ бы сильны ни были въ нихъ тенденціи къ парламентаризму, должны быть относимы къ непарламентарному типу» (стран. 411). На дальнѣйшихъ страницахъ изслѣдованія К. Н. Соколова мы встрѣчаемся, правда, съ попыткой указать на признакъ, характеризующій дуалистическое государство въ отличіе отъ парламентарнаго, но эту попытку нельзя назвать удачной. Признакъ этотъ заключается, по словамъ автора, въ томъ, что въ «условіяхъ дуализма органы народнаго представительства, по общему правилу, активно участвуютъ только въ осуществленіи законодательной власти, пользуясь по отношенію къ дѣятельности правительства болѣе или менѣе пассивными правами контроля и надзора (стран. 425). Но врядъ ли можно признать этотъ признакъ дѣйствительно характернымъ для дуалистическихъ государствъ, принимая во вниманіе, что авторъ причисляетъ къ нимъ и Швейцарскій союзъ, въ которомъ органы народнаго представительства избираютъ непосредственно всѣхъ членовъ высшей правительственной коллегіи, и Сѣверо-Американскіе штаты, въ которыхъ участіе постоянныхъ комитетовъ конгресса въ управленіи дало поводъ такому знатоку американскаго политическаго строя. какъ современному президенту американской республики, сказать, что эти комитеты «сдѣлались полновластными хозяевами положенія и стали въ начальственныя отношенія къ правительству».

Нельзя признать удовлетворительнымъ и то опредѣленіе, которое авторъ даетъ парламентарному государству. «Съ точки зрѣнія правовой теоріи», говоритъ онъ, «таковое можетъ быть опредѣлено, какъ представительное государство, глава котораго въ осуществленіи своихъ правительственныхъ прерогативъ связанъ конституціонно-правовой нормой, требующей постояннаго соотвѣтствія политики правительства желаніямъ большинства нижней палаты парламента» (стран. 410). Это опредѣленіе вызываетъ цѣлый рядъ возраженій. Во-первыхъ, оно слишкомъ узко: оно считается лишь съ тѣми государствами, въ которыхъ введена двухпалатная, система и не примѣнимо къ тѣмъ, въ которыхъ, какъ въ Греціи, Люксембургѣ и Сербіи, существуетъ только одна палата. Оно далѣе, сводя связанность правительства въ парламентарномъ государствѣ къ связанности главы государства въ осуществленіи имъ его правитель-

Digitized by Google

ственныхъ прерогативъ, придаетъ монарху въ монархіи и президенту въ республикѣ значеніе, котораго они въ дѣйствительности не имѣютъ: оно порождаетъ невѣрное представленіе, будто верховная правительственная инстанція въ парламентарномъ государствѣ — глава государства, между тѣмъ какъ этой инстанціею является не единоличный органъ, а сложное учрежденіе, состоящее изъ коллегіи (министерства) и главы государства (монарха въ монархіи и президента въ республикѣ). Данное К. Н. Соколовымъ опредѣленіе парламентарнаго государства неправильно, наконецъ, и потому, что имѣетъ своимъ предположеніемъ воззрѣніе, по которому въ современной представительной демократіи верховнымъ авторитетомъ, которому принадлежитъ послѣднее слово во всѣхъ важнѣйшихъ государственныхъ вопросахъ, является большинство нижней палаты. Между тѣмъ это мнѣніе большинства нижней палаты связываетъ правительство лишь до тѣхъ поръ, пока правительство не имѣетъ основанія сомнѣваться въ солидарности большинства палаты съ большинствомъ избирателей; но оно утрачиваетъ свой авторитетъ въ глазахъ правительства, какъ скоро частичные выборы, а тѣмъ больше общіе выборы обнаруживаютъ, что большинство палаты перестало выражать мнѣніе страны.

На послѣднихъ страницахъ своей книги К. Н. Соколовъ дѣлаетъ интересную попытку начертить ту «линію», по которой идетъ политическое развитіе современнаго государства, и указать то мѣсто, которое занимаетъ парламентарное государство въ эволюціи политическихъ формъ.

Эта эволюція, по мнѣнію автора, ведетъ отъ монархическаго абсолютизма къ абсолютизму демократическому. Въ нарисованной имъ лѣстницѣ государственныхъ формъ низшую ступень образуетъ абсолютная монархія, высшую — абсолютная демократія, среднюю — парламентарное государство; первымъ же фазисомъ развитія парламентарнаго государства является парламентарная монархія, а послѣднимъ — парламентарная республика, призванная служить преддверіемъ дуалистической республики, являющейся, въ свою очередь предтечей абсолютнаго народовластія. «Такимъ образомъ парламентаризмъ», говоритъ авторъ, «въ его обѣихъ разновидностяхъ, монархической и республиканской, занимаетъ центральное мѣсто на той лѣстницѣ формъ государственнаго устройства, на которой онѣ располагаются по принципу прогрессирующей ихъ демократизаціи, всѣ отъ абсолютной монархіи до абсолютной, т.-е. непосредственной республики. До парламентаризма и ниже него на этой лѣстницѣ помѣщаются абсолютная и дуалистическая монархія, за нимъ и выше него — дуалистическая непосредственная республика» (стран. 498).

Digitized by Google

Эта формула политическаго прогресса, выставляющая абсолютную демократію той государственной формой, къ которой тяготѣетъ современное политическое развитіе, страдаетъ, на нашъ взглядъ, односторонностью: она, считаясь съ несомнѣнной тенденціей современнаго государства къ демократизаціи своего строя, игнорируетъ другой не менѣе важный мотивъ его развитія,— мотивъ, вытекающій изъ борьбы съ абсолютизмомъ власти, и выражающійся въ стремленіи поставить дѣятельности этой власти строго правовые предѣлы и облечь всѣ ея проявленія въ законномъ урегулированныя формы. Этотъ мотивъ предначертываетъ будущему современнаго государства не абсолютное народовластіе, а связанную правовымъ порядкомъ демократію, признающую своимъ верховнымъ авторитетомъ не неограниченную свободную, естественную волю народа суверена, а предписаніе закона, какъ организованное, юридическое выраженіе общественнаго самоопредѣленія.

А. С. Алексѣевъ.

Д. А. Дриль. Ученіе о преступности и мѣрахъ борьбы съ нею. Съ приложеніемъ портрета автора и статей М. Слобожанина, академика А. Ѳ. Кони, профессора Максима Ковалевскаго и академика В. М. Бехтерева. Издательство «Шиповникъ». С.-Пб. 1912 г., CXXI+568 стран. Ц. 4 руб.

Эта книга представляетъ посмертное изданіе лекцій, читанныхъ Д. А. Дрилемъ въ 1909—1910 гг. въ Петербургскомъ Политехническомъ Институтѣ. Изданіе выполнено заботливо: оно снабжено портретомъ покойнаго автора и рядомъ цѣнныхъ статей, всесторонне освѣщающихъ его жизнь, дѣятельность и личность. Въ обширномъ очеркѣ — «Черты изъ жизни и дѣятельности Д. А. Дриля» — М. Слобожанинъ сообщаетъ краткія біографическія свѣдѣнія о покойномъ, намѣчаетъ въ общихъ чертахъ генезисъ его научныхъ воззрѣній, разсказываетъ грустную исторію его научной карьеры и развертываетъ передъ читателемъ поучительную картину жизни, полной непрерывнаго и неустаннаго труда, согрѣтаго любовью къ людямъ. Въ статьѣ Максима Ковалевскаго — «Дмитрій Андреевичъ Дриль» — послѣдній очерченъ, какъ реформаторъ уголовнаго права на основѣ новыхъ идей эволюціонизма и сравнительно-историческаго метода, только что проникшихъ тогда въ Московскій Университетъ. Коротенькая, но художественная статья — «Памяти Д. А. Дриля»,— принадлежащая перу А. Ѳ. Кони, раскрываетъ тайну его удивительной энергіи жизни — «дѣятельную любовь къ людямъ», которая до конца освѣщала покойному тя-

Digitized by Google

желый, жизненный путь его. Наконецъ, статья В. М. Бехтерева — «Объективно-психологическій методъ въ примѣненіи къ изученію преступности»,— хотя и развиваетъ собственные взгляды автора, но, въ виду сходства ихъ со взглядами Д. А. Дриля, можетъ служить къ болѣе полному выясненію методологическихъ основъ ученія послѣдняго. Всѣ перечисленныя статьи написаны просто, искренно и тепло. Благодаря имъ читатель книги уноситъ изъ нея не только научную систему автора, но и образъ его, какъ человѣка съ горячимъ сердцемъ и чуткой душой.

Съ научной стороны работа Д. А. Дриля имѣетъ огромный интересъ: она представляетъ первую попытку дать систему уголовнаго права, построенную на принципахъ уголовной антропологіи. Логическая схема, лежащая въ ея основѣ, слѣдующая: уголовное право, по опредѣленію Д. А. Дриля, есть наука прикладная, задающаяся опредѣленной, практической цѣлью. Эта цѣль, по его словамъ, должна служить съ одной стороны — опредѣляющимъ началомъ при установленіи объема и содержанія самой дисциплины, съ другой — критеріемъ оцѣнки «степени правильности руководящихъ началъ и теорій, господствовавшихъ въ этой наукѣ въ каждое данное время». Цѣль же науки уголовнаго права Д. А. Дриль видитъ въ «открытіи и изученіи дѣйствительныхъ средствъ огражденія общества отъ зла преступленія». А для этого она «должна понять самую природу человѣческой преступности», «должна изучить преступность, неотдѣлимую отъ самого преступнаго человѣка, на почвѣ факторовъ живой дѣйствительности». Но преступный человѣкъ, внутреннее состояніе, наталкивающее его на совершеніе преступленій, производящія причины преступности и т. д. — все это, по словамъ автора, «реальныя, конкретныя явленія изъ міра человѣка и человѣческаго общества». Поэтому уголовное право должно изучать ихъ методами опыта и наблюденія,— «единственно надежными средствами правильнаго ознакомленія со всѣми естественными явленіями вообще, изъ числа которыхъ нельзя исключить явленій юридическихъ, какъ однихъ изъ явленій жизни общества». Такимъ образомъ, уголовное право должно быть отнесено къ циклу естественнонаучныхъ дисциплинъ и въ немъ, слѣдовательно, должны найти примѣненіе тѣ руководящія, міровыя «идеи-законы», которыя «біологическія науки развили на основѣ точнаго наблюденія и передали соціологіи», вѣтвью которой, по словамъ автора, является уголовное право.

Изъ этихъ идей-законовъ Д. А. Дриль особенное значеніе придаетъ закону эволюціи, который, по его словамъ, указывая на значеніе прошлаго, тѣмъ самымъ даетъ возможность правильно понять

Digitized by Google

и оцѣнить настоящее. Въ области же уголовнаго права «ознакомленіе съ совершившимся процессомъ эволюціи должно, по его мнѣнію, ярко освѣтить одинъ изъ основныхъ вопросовъ этой науки — вопросъ о цѣли и значеніи наказанія и его результатахъ, отъ того или иного рѣшенія котораго зависитъ самая конструкція уголовнаго права». Вотъ почему, вслѣдъ за изложеніемъ приведенныхъ общихъ соображеній, составляющихъ содержаніе введенія, авторъ переходитъ къ изученію «стадій развитія въ исторіи уголовнаго права». Господствующее пока классическое направленіе образуетъ въ исторической схемѣ автора третью стадію,— періодъ философской мысли, за которой слѣдуетъ и уже наступилъ «періодъ новѣйшій» — періодъ научнаго изученія явленій преступности и дѣйствительныхъ средствъ борьбы съ нею. При господствѣ ученія классической школы, по словамъ Д. А. Дриля, рецидивъ возросъ до 80% и эти печальные результаты ясно указываютъ, по его мнѣнію, на полную несостоятельность ученія и рецептовъ классической школы въ основномъ вопросѣ — въ вопросѣ о дѣйствительныхъ и цѣлесообразныхъ средствахъ борьбы съ преступностью. Полезная роль школы, такимъ образомъ, закончена и для нея настало время, думаетъ авторъ, уступить свое мѣсто научному направленію, которое «подступаетъ съ точнымъ измѣреніемъ и взвѣшиваніемъ, какъ къ самому преступному человѣку, такъ и къ порождающему его обществу и старательно опредѣляетъ относительныя доли ихъ участія въ произведеніи неблагопріятныхъ результатовъ». Въ литературѣ много разъ дѣлалось и дѣлается подобное заявленіе, но только у автора оно оказало вліяніе на построеніе курса: изложеніе классической доктрины занимаетъ въ немъ сравнительно незначительное мѣсто и имѣетъ чисто эпизодическій характеръ. Главное же содержаніе курса образуетъ изложеніе возникновенія, развитія и результатовъ «научнаго изслѣдованія человѣческой преступности» (части III—VII, стран. 194—500).

Обращаясь къ оцѣнкѣ труда Д. А. Дриля, мы должны отмѣтить прежде всего, что неожиданная смерть автора помѣшала ему придать этому труду теоретическую и систематическую законченность. Но мы думаемъ, что та обработка курса, къ которой приступилъ покойный въ послѣдніе мѣсяцы своей жизни, не внесла бы существенныхъ измѣненій въ «соціально-органическую теорію» автора, такъ какъ въ ней исчерпаны, въ сущности, всѣ логическія возможности, содержащіяся въ исходномъ положеніи: «преступленіе есть конкретное явленіе, данное намъ въ пространствѣ и во времени». Именно это положеніе составляетъ логическій центръ какъ построенія Д. А. Дриля, такъ и позитивнаго направленія

Digitized by Google

вообще, со всѣми его развѣтвленіями. А между тѣмъ, и сторонники, и противники естествознанія въ уголовномъ правѣ обходятъ это положеніе молчаніемъ, какъ въ своихъ обоснованіяхъ, такъ и въ своихъ критическихъ замѣчаніяхъ. Если преступленіе есть дѣйствительно конкретное явленіе, ограниченное въ пространствѣ и во времени, то оно должно имѣть опредѣленную, воспринимаемую форму. И первымъ актомъ «научнаго изслѣдованія» въ такомъ случаѣ должно было бы быть описаніе явленія и установленіе, также воспринимаемыхъ, его признаковъ. Въ курсѣ Д. А. Дриля нѣтъ такой, необходимой во всякомъ естественнонаучномъ изслѣдованіи, стадіи. Вотъ почему мысль читателя, позитивно настроенная задачей курса, отчетливо формулированной, начинаетъ съ первыхъ же шаговъ «изслѣдованія» испытывать неудовлетворенность, такъ какъ ей приходится разсѣиваться въ обширныхъ экскурсахъ во всѣ области медицины, которые, къ тому же, не завершаются руководящими обобщеніями. Неудовлетворенность не исчезаетъ и въ дальнѣйшемъ, при ознакомленіи съ частями VI и VII, посвященными ближайшему предмету курса: факторамъ преступности и мѣрамъ борьбы съ нею. Здѣсь также нѣтъ ни одного обобщенія, которое по своей формулировкѣ и достовѣрности напоминало бы положенія естествознанія, напр., медицины. Мы отнюдь не имѣемъ въ виду въ какомъ бы то ни было отношеніи умалить безусловную цѣнность высоко гуманныхъ мѣръ «соціальнаго оздоровленія», предложенныхъ Д. А. Дрилемъ. Но мы утверждаемъ лишь, что эти мѣры не представляютъ собой логическаго вывода изъ «законовъ преступности», которые были бы дѣйствительно открыты «научнымъ направленіемъ» и напоминали бы законы естествознанія. Основаніе ихъ лежитъ не въ естественнонаучныхъ изысканіяхъ автора, но въ его этическихъ воззрѣніяхъ. Послѣднія опредѣленно вырисовываются изъ частыхъ ссылокъ автора на «великую книгу мира и любви» — Евангеліе, въ которой онъ ищетъ подтвержденія выводовъ уголовной антропологіи. Эти ссылки и, въ особенности, жизнь и дѣятельность самого автора свидѣтельствуютъ, что «явленія изъ жизни человѣка» многостороннѣе, чѣмъ просто явленія, «происходящія въ пространствѣ и времени». Для ихъ полнаго пониманія не достаточно, очевидно, справляться только съ великой книгой естествознанія. Приходится справляться и съ другой великой книгой — книгой человѣческой морали. И мы думаемъ, что своимъ трудомъ покойный Д. А. Дриль лучшую страницу вписалъ не въ первую, а во вторую книгу.

Евгеній Ефимовъ.

Digitized by Google

Дѣти-преступники. Сборникъ статей съ предисловіемъ и подъ редакціей **М. Н. Гернета.** Съ 15 фотографіями въ текстѣ и приложеніемъ библіографическихъ указателей. Книгоиздательство «В. Н. Знаменскій и К°». Москва, 1912 г., стран. 550+55. Ц. 4 руб.

Едва ли въ настоящее время можно указать въ уголовно-правовой литературѣ вопросъ, который привлекалъ бы къ себѣ такъ сильно вниманіе изслѣдователей, какъ вопросъ о дѣтской преступности и мѣрахъ борьбы съ ней. Помимо отдѣльныхъ монографій, въ каждомъ выпускѣ спеціальныхъ періодическихъ изданій ему посвящается, обыкновенно, нѣсколько статей или замѣтокъ. Очевидно, мысль, что залогъ успѣха въ борьбѣ съ общей преступностью лежитъ въ цѣлесообразной постановкѣ дѣла борьбы съ преступностью дѣтей изъ области благихъ теоретическихъ пожеланій начинаетъ претворяться въ настоятельное требованіе здоровой уголовной политики. Вышедшій подъ редакціей и съ предисловіемъ М. Н. Гернета сборникъ статей подъ заглавіемъ: Дѣти-преступники» является отраженіемъ указаннаго теченія научной мысли. Дѣтская преступность интересовала издавна русскихъ криминалистовъ и въ приложенномъ къ сборнику указателѣ литературы о малолѣтнихъ преступникахъ можно найти имена почти всѣхъ наиболѣе выдающихся русскихъ криминалистовъ, удѣлявшихъ данному вопросу свое вниманіе и освѣщавшихъ его съ самыхъ различныхъ сторонъ. На первой страницѣ сборника поставлены имена А. Ѳ. Кистяковскаго и Д. А. Дриля; свѣтлой памяти этихъ лицъ, призывавшихъ къ разумной и гуманной борьбѣ съ дѣтской преступностью посвятили авторы свой коллективный трудъ.

Молодыхъ авторовъ сборника интересуетъ, по преимуществу, соціальная сторона вопроса о дѣтской преступности, на нее они обращаютъ свое главное вниманіе, ее они изслѣдуютъ наиболѣе тщательно. Участники сборника, по свидѣтельству его редактора, «единодушно сходятся между собой на мысли, что дѣтская преступность и проституція — явленія, неразрывно связанныя съ соціальнымъ укладомъ нашего общества и что борьба съ этими недугами должна вестись посредствомъ воздѣйствія на порождающія ихъ причины» (стран. 3)..

Таковъ уголъ зрѣнія авторовъ статей; имъ опредѣляется характеръ всего сборника и соотношеніе отдѣльныхъ его частей. Поэтому, и вторая часть сборника, выясняющая особенности и факторы дѣтской преступности въ Москвѣ, является наиболѣе обширной по размѣрамъ (77—380 стран.) и свѣжей по собранному матеріалу.

Digitized by Google

Въ основу этой части сборника легли данныя анкеты, собранныя участниками семинарія М. Н. Гернета въ архивахъ мирового съѣзда, мировыхъ судей, окружнаго суда, Рукавишниковскаго пріюта, Городского работнаго дома о преступности несовершеннолѣтнихъ въ Москвѣ за 1908 и 1909 гг. Большое вниманіе участники сборника удѣлили и вопросу о мѣрахъ борьбы съ дѣтской преступностью; весьма содержательный очеркъ системы борьбы съ дѣтской заброшенностью и преступностью въ Америкѣ и Зап. Европѣ А. М. Рубашевой и статьи о дѣтскихъ судахъ заграницей Е. П. Тарасовой и въ Россіи Ю. М. Бочарова обстоятельно знакомятъ съ современной постановкой дѣла борьбы, опирающейся, главнымъ образомъ, на общественную самодѣятельность.

Меньшая по размѣрамъ (5—76 стран.) первая часть сборника посвящена юридической сторонѣ вопроса — разсмотрѣнію матеріальнаго и процессуальнаго русскаго уголовнаго законодательства объ отвѣтственности малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ.

Общіе итоги, къ которымъ пришли въ своей работѣ авторы отдѣльныхъ статей, подведены въ концѣ сборника г. Трайнинымъ; повтореніе ихъ здѣсь было бы излишне. Равнымъ образомъ, едва ли нужно входить въ разсмотрѣніе и разборъ каждой статьи въ отдѣльности, ихъ общее направленіе отмѣчено выше. Поэтому, я позволяю себѣ ограничиться лишь нѣсколькими замѣчаніями болѣе общаго характера. Такъ, если было признано желательнымъ расширить первоначально поставленную тему: «Дѣтская преступность въ Москвѣ и мѣры борьбы съ ней» и озаглавить сборникъ: «Дѣти-преступники», то было бы умѣстно дать въ сборникѣ и болѣе обстоятельное разсмотрѣніе положительнаго уголовнаго законодательства не только отечественнаго, но и западно-европейскаго, по крайней мѣрѣ, въ его наиболѣе заслуживающихъ вниманія образцахъ и хотя бы небольшой историческій очеркъ отношенія къ данному вопросу законодательства въ прошломъ.

Во второй части сборника заслуживаютъ наибольшаго вниманія несмотря на нѣкоторую растянутость и повторенія, статьи, посвященныя непосредственной разработкѣ статистическаго матеріала о преступности въ гор. Москвѣ и особенно тѣ, гдѣ въ основаніе положены объективныя данныя изслѣдованія (ст. Емельянова, Маковскаго, Соколинской, Бермонн), а не личныя заявленія и показанія опрашиваемыхъ. Сами авторы признаютъ, что «Мотивы дѣтскихъ преступленій многообразны, но ихъ выяснить чрезвычайно трудно, подсудимый ихъ часто скрываетъ и обманываетъ судью, большинство — виновными себя не признаютъ» (стран. 136, 244). Поэтому весьма трудно выясненіе этіологіи отдѣльныхъ случаевъ дѣтской

Digitized by Google

преступности и подведеніе преступника подъ ту или иную категорію: примѣры, приведенные въ ст. А. Зака, для характеристики случайнаго малолѣтняго преступника (103—104 стран.) съ одинаковымъ успѣхомъ могли быть приведены и для характеристики устанавливаемой имъ третьей группы, составляющей, по выраженію автора, «ядро дѣтской преступной арміи», формируемой подъ вліяніемъ нужды и сопровождающаго эту нужду семейнаго распада (стран. 111 и слѣд.); далѣе, среди случаевъ, относимыхъ къ этой послѣдней категоріи, можно, при болѣе тщательномъ изслѣдованіи и наблюденіи, вскрыть вліяніе дурной наслѣдственности, дефектовъ психо-физической организаціи и т. д. и, слѣдовательно, найти преступниковъ-дегенерантовъ; по крайней мѣрѣ, біографическія свѣдѣнія большинства дѣтей этой категоріи говорятъ намъ о происхожденіи отъ алкоголиковъ родителей (см. стран. 113 и слѣд.). Невозможность проведенія границы между устанавливаемыми г. Закомъ типами дѣтей преступниковъ, помимо указанной выше трудности установленія истинныхъ мотивовъ дѣтской преступности, объясняется, по мой взглядъ, несоизмѣримостью самихъ признаковъ, выбранныхъ въ качествѣ критерія для классификаціи, каковы: случайное сцѣпленіе неблагопріятныхъ обстоятельствъ, дефекты психо-физической организаціи и, наконецъ, факторы экономическаго порядка. Молодые участники сборника положили не мало труда на собираніе и разработку статистическихъ данныхъ; слѣды этой молодости и свойственнаго ей увлеченія ясно чувствуются при чтеніи сборника. Они чувствовались бы и безъ «ужасной гримасы жизни» и «тяжелыхъ сапоговъ суровой дѣйствительности», о которыхъ разсказываетъ г. Гальперинъ, и въ этомъ впечатлѣніи свѣжести достоинство книги и заслуги редактора сборника, сумѣвшаго организовать и направить полезную работу. Несомнѣнно, что сборникъ, какъ первый опытъ разработки сырого матеріала, рисующаго положеніе дѣтской преступности въ крупныхъ торгово-промышленныхъ центрахъ, представляетъ неоспоримый интересъ и данныя изслѣдованія, хотя и не открываютъ какихъ-либо новыхъ горизонтовъ, и лишь подтверждаютъ истины болѣе или менѣе извѣстныя, тѣмъ не менѣе могутъ служить наглядной и живой иллюстраціей положенія дѣтей-преступниковъ въ нашей родной дѣйствительности; они должны привлечь вниманіе общества, заставить его выйти изъ положенія равнодушнаго наблюдателя и протянуть руку помощи тѣмъ, кто лишенъ здоровой семьи, кому далеки и чужды свѣтлыя радости невиннаго дѣтства, но зато, къ сожалѣнію, хорошо знакомы пороки и преступленія, грязныя трущобы и мѣста заключеній. *В. Ширяевъ.*

Digitized by Google

П. Сергѣичъ (П. П-въ). Уголовная защита. Практическія замѣтки. Изданіе 2-е, переработанное и дополненное. С-Пб. 1913, стран. 243. Цѣна 1 руб. 25 коп.

Его же. Искусство рѣчи на судѣ. С-Пб. 1910, стран. 389. Цѣна 3 р.

«Уголовная защита» должна быть первой книгой, которую необходимо пріобрѣсти всякому, окончившему юридическій факультетъ и желающему посвятить себя адвокатской дѣятельности. «На первыхъ шагахъ адвокатской практики начинающему юристу приходится разбираться во множествѣ незнакомыхъ вещей; переходъ отъ лекцій къ исковымъ прошеніямъ и обвинительнымъ актамъ не такъ простъ... Ошибки неизбѣжны во всякомъ началѣ, но ихъ должно быть какъ можно меньше во всякомъ дѣлѣ; въ уголовной защитѣ — менѣе, чѣмъ гдѣ-либо, ибо тамъ каждая ошибка тяжело отражается на живыхъ людяхъ. Молодой адвокатъ, который захотѣлъ бы воспользоваться предлагаемыми здѣсь указаніями, убѣдится, сводя свои годовые итоги, что ему удалось скинуть со счета подсудимыхъ нѣсколько недѣль ареста, мѣсяцевъ тюрьмы, а можетъ-быть, и нѣсколько лѣтъ каторги».

Со всѣмъ этимъ не можетъ не согласиться всякій, кто побывалъ хоть на одномъ судебномъ засѣданіи, гдѣ защитниками выступали начинающіе адвокаты. И это вполнѣ понятно. «Молодой человѣкъ, вступившій въ судебную залу изъ университетской аудиторіи, не знаетъ, да и не можетъ знать всѣхъ трудностей, его окружающихъ... Существуетъ цѣлый рядъ азбучныхъ практическихъ указаній, безъ которыхъ защитнику нельзя выходить на судъ. Но эти указанія ни въ законѣ, ни въ сенатскихъ рѣшеніяхъ, ни въ книгахъ объ адвокатской этикѣ не встрѣчаются».

Этотъ пробѣлъ авторъ въ значительной мѣрѣ заполнилъ настоящей книгой. Самъ судья, ранѣе служившій въ прокуратурѣ, выступавшій въ качествѣ защитника, побывавшій и на скамьѣ подсудимыхъ — онъ дастъ очень и очень много практическихъ совѣтовъ и указаній, въ высшей степени цѣнныхъ для молодого (а иногда и не только для молодого) защитника. Правда, иногда кажется, что нѣкоторые совѣты являются лишними — до того они азбучны, что врядъ ли кто-нибудь могъ бы въ нихъ нуждаться; напр.: «не забывать, что въ случаѣ опротестованія приговора прокуроромъ защитникъ имѣетъ право не только на письменное возраженіе на протестъ, но и на словесныя объясненія въ засѣданіи Сената», или «прежде всего знать, въ чемъ состоитъ обвиненіе» — но какъ это ни странно, а такія прописныя истины нерѣдко

Digitized by Google

совершенно упускаются изъ виду, какъ это и видно изъ приведенныхъ въ книгѣ примѣровъ такихъ упущеній.

Особенно цѣннымъ нужно признать то, что много мѣста удѣляется «скромнымъ, будничнымъ дѣламъ» — кражѣ, грабежу и т. д., и что каждое указаніе, каждый совѣтъ наглядно иллюстрируется примѣрами, взятыми изъ дѣйствительности. Довольно много мѣста посвящено и «обычнымъ ошибкамъ» защиты. Къ числу такихъ ошибокъ, дѣйствительно, на каждомъ шагу встрѣчающихся, относятся, между прочимъ, настойчивые допросы «прокурорскихъ» свидѣтелей, возраженія противъ каждаго требованія прокурора, попытки «уличить» свидѣтеля въ противорѣчіи съ его показаніями на предварительномъ слѣдствіи и взглядъ на присяжныхъ засѣдателей, какъ на наивныхъ дѣтей, которымъ ничего не стоитъ втереть какія угодно очки.

Нужно признать, что послѣдняя ошибка является почти общимъ правиломъ. Подсудимый говоритъ, что покушался на кражу со взломомъ съ голоду, а хорошее новое долото купилъ, «заложивъ послѣднюю рубашку»; и защитникъ серіозно говоритъ присяжнымъ: «Не лучшее ли это доказательство дѣйствительной крайности? Онъ вынужденъ былъ заложить свою послѣднюю рубаху, чтобы купить долото, вамъ предъявленное.» — «Степанъ Юрьевъ, пьяница-портной, исправно пропивавшій каждый недѣльный заработокъ, укралъ у хозяина 600 руб. бумажками и золотомъ, прокутилъ 20—30 руб., остальные отнесъ родственнику; тотъ оставилъ себѣ золото, зарывъ его въ сараѣ, а бумажки передалъ земляку, который зарылъ ихъ подъ мостомъ на Черной рѣчкѣ. Юрьевъ призналъ себя виновнымъ; двое другихъ утверждали, что дѣйствовали въ добросовѣстномъ заблужденіи, считая, что деньги принадлежали Юрьеву. Ихъ защитники доказывали, что это объясненіе вполнѣ правдоподобно, и требовали оправданія; защитникъ Юрьева доказывалъ, что онъ не зналъ, сколько укралъ, и также просилъ оправданія. Можно ли было говорить все это, не убѣдивъ себя предварительно, что среди присяжныхъ нѣтъ ни одного здравомыслящаго человѣка?»

Указывая на ту или иную ошибку, авторъ не забываетъ дать совѣтъ, какъ избѣжать ее. И съ полной увѣренностью можно сказать, что не только начинающіе адвокаты, проштудировавшіе разбираемую книгу, но и многіе изъ тѣхъ, кого они послѣ этого будутъ защищать, скажутъ автору глубокое и сердечное «спасибо».

Не мало цѣннаго найдетъ защитникъ — равно какъ и обвинитель — и въ другой книгѣ П. Сергѣича: «Искусство рѣчи на судѣ». Это — не «замѣтки», какъ скромно говоритъ въ предисловіи

Digitized by Google

авторъ, а обширное и серіозное изслѣдованіе, хотя и читается оно удивительно легко и свободно. Основательно знакомый съ литературой вопроса, владѣющій и древними и новыми языками, П. Сергѣичъ даетъ много полезныхъ и необходимыхъ указаній всякому, кто хочетъ выработать изъ себя болѣе или менѣе хорошаго оратора, при чемъ почти каждое указаніе подкрѣпляетъ примѣрами и цитатами изъ рѣчей и сочиненій чуть ли не всѣхъ знаменитыхъ судебныхъ ораторовъ, начиная съ Демосѳена и кончая Спасовичемъ, Андреевскимъ и Кони.

Однако не всѣ совѣты автора можно считать пріемлемыми; укажемъ на одинъ изъ нихъ, съ которымъ мы глубоко несогласны.

«Прежде, чѣмъ говорить на судѣ, скажите вашу рѣчь во вполнѣ законченномъ видѣ предъ «потѣшными» присяжными... Посадите предъ собой вашу матушку, брата-гимназистика, няню или кухарку, денщика или дворника... Если ваша рѣчь окажется хороша, т.-е. будетъ понятна и убѣдительна предъ «потѣшными», то и настоящіе присяжные будутъ въ вашей власти».

Во-первыхъ пріемъ невѣрный, и прежде всего потому, что очень часто составъ присяжныхъ засѣдателей становится извѣстнымъ лишь въ день слушанія дѣла («списокъ», вручаемый подсудимому, не даетъ возможности получить представленіе о «составѣ»); между тѣмъ, именно въ зависимости отъ состава присяжныхъ находится и форма, и — въ значительной мѣрѣ — самое содержаніе рѣчи. Вѣдь, если рѣчь будетъ убѣдительна и понятна для «дворника», то «матушкѣ» и «брату» она почти всегда покажется скучной и утомительной, наполненной прописными истинами.

Во-вторыхъ, пріемъ прямо нежелательный, ибо дѣлаетъ судебнаго оратора актеромъ. Самъ авторъ признаетъ, что громадное вліяніе на убѣдительность рѣчи оказываетъ «тонъ» ея; но «тонъ» почти всецѣло зависитъ отъ настроенія оратора, отъ нервнаго возбужденія, отъ сознанія, что отъ него, хоть до нѣкоторой степени, зависитъ судьба человѣка.

Слѣдовательно одно изъ двухъ: или рѣчь предъ «потѣшными» присяжными будетъ сказана безъ всякаго «подъема» — и тогда по дѣйствіи ея на «потѣшныхъ» нельзя судить о дѣйствіи на «настоящихъ» присяжныхъ, — или же ораторъ станетъ вырабатывать изъ себя хорошаго актера, способнаго во всякую минуту заставить себя проникнуться тѣмъ или инымъ настроеніемъ.

Но судебный залъ — не театральные подмостки, и стороны въ процессѣ — не актеры; правда, часто бываетъ именно такъ, но это — лишь печальное явленіе, а отнюдь не примѣръ, достойный подражанія.

С. Гавриловъ.

Digitized by Google

Б. Фрезе. Очерки греко-египетскаго права. Часть первая. Ярославль 1912 г., VIII+230 стран. Ц. 2 рубля.

Значеніе греко-египетскаго права выходитъ далеко за предѣлы общественной исторіи Египта. Въ основѣ этого права лежатъ греческія начала и институты, усвоенные въ Египтѣ подъ владычествомъ Птоломеевъ и лишь отчасти измѣненные подъ вліяніемъ мѣстныхъ условій: изученіе греко-египетскаго права входитъ, какъ необходимая составная часть, въ исторію греческаго права и вмѣстѣ съ тѣмъ въ исторію эллинистической культуры. Подъ владычествомъ римлянъ греко-египетское право продолжаетъ жить и развиваться, какъ одно изъ мѣстныхъ правъ, чему способствовало своеобразное положеніе Египта въ римской исторіи. Послѣ распространенія правъ римскаго гражданства на всѣ городскія общины имперіи, въ Египтѣ болѣе, чѣмъ гдѣ-либо, удержались мѣстныя особенности, между прочимъ потому, что извѣстный указъ Каракаллы не распространялся на массы сельскаго населенія Египта. Изученіе греко-египетскаго права особенно ярко освѣщаетъ отношеніе римскаго государства къ провинціямъ, отношеніе мѣстнаго права къ общему, вліяніе греческой культуры на развитіе римскаго права въ восточной половинѣ имперіи. Къ этому должно прибавить, что источникомъ для изученія греко-египетскаго права служатъ почти исключительно египетскіе папирусы, цѣлая масса документовъ, представляющихъ собою непосредственные остатки юридической практики, общественно-юридическаго быта, и притомъ въ исключительномъ количествѣ и разнообразіи; тутъ эдикты префектовъ, протоколы процессовъ, фрагменты поземельныхъ книгъ, множество всякаго рода гражданско-правовыхъ документовъ — купчія, арендные договоры, долговыя и платежныя расписки, завѣщанія и т. д.; по этимъ документамъ можно изучать право въ его примѣненіи, а не въ видѣ абстрактныхъ нормъ и теоретическихъ обобщеній. Понятно, какое значеніе имѣетъ изученіе такихъ памятниковъ не только для исторіи права, но и другихъ сторонъ общественной жизни. Греко-египетское право, возсоздаваемое по источникамъ, не только часть античнаго права и культуры, но и матеріалъ для построенія общихъ законовъ развитія права и со ціальной жизни вообще.

Юридическіе папирусы — лишь часть огромной массы папирусовъ. Этотъ, сравнительно новый историческій источникъ оказался такой сокровищницей историческаго матеріала, и въ то же время полнымъ такихъ особенностей [1]), что создалась цѣлая отрасль зна-

[1]) Греческій языкъ папирусовъ настолько своеобразенъ, что составляетъ предметъ спеціальныхъ изслѣдованій.

Digitized by Google

нія — папирологія, Papyruskunde, существуетъ спеціальный журналъ (Archiv für Papyrusforschung) и обширная литература, изучающая папирусы, какъ памятникъ, и тѣ историческія проблемы, которыя могутъ быть рѣшены на основаніи матеріала папирусовъ; среди послѣднихъ видное мѣсто занимаютъ вопросы исторіи права. Много юристовъ-историковъ, преимущественно романистовъ, посвятили себя изученію папирусовъ. Въ 1911 году вышло изданіе: «Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde», двухъ знатоковъ папирологіи, Вилькена и извѣстнаго романиста Миттейса; перу послѣдняго принадлежитъ 2-я часть, представляющая систематическую обработку результатовъ изученія историческаго матеріала папирусовъ. Аналогичную работу представляетъ работа г. Фрезе, единственнаго, сколько извѣстно, изъ русскихъ юристовъ, систематически работающаго надъ папирусами. «Очерки» — плодъ многолѣтняго самостоятельнаго труда; результаты его отчасти уже были опубликованы авторомъ на нѣмецкомъ языкѣ (Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben, 1909) и въ «Юридическихъ Запискахъ» Демидовскаго Юридическаго Лицея.

Въ вышедшей до сихъ поръ первой части «Очерковъ» на первомъ планѣ — гражданское судопроизводство Птоломеевой и Римской эпохи; первое отличается многими интересными особенностями (напр. особое примирительное производство), важными и для историко-сравнительнаго изученія; второе иллюстрируетъ форму процесса, примѣнявшуюся въ императорскихъ провинціяхъ и получившую исключительное господство со времени Діоклетіана (гл. I). Далѣе описывается характеръ и значеніе документовъ въ области гражданскаго права, учрежденія, игравшія роль нотаріата (гл. II), институтъ представительства (гл. III; допускалось, въ отличіе отъ основныхъ началъ римскаго права, прямое представительство въ современномъ смыслѣ) порядокъ регистраціи вещныхъ правъ на недвижимости, напоминающій ипотечную систему французскаго типа (гл. IV), залоговое право, купля-продажа, аренда (гл. V—VII), «нѣкоторые институты обязательственнаго права, имѣющіе болѣе общій характеръ», долговая расписка, квитанція, «особыя клаузулы долговой расписки» («экзекутивная», предоставлявшая право взысканія исполнительнымъ порядкомъ безъ предварительнаго судебнаго рѣшенія, и «предъявительская»), цессія, принятіе на себя чужого долга, договоръ въ пользу третьихъ лицъ (гл. VIII), способы обезпеченія вѣрителя (гл. IX), «отдѣльные договоры», поклажа, contractus socidae, договоръ перевозки (гл. X) давность (гл. XI). Во введеніи, сверхъ того, указывается значеніе изученія греко-египетскаго права по папирусамъ, и

Digitized by Google

даются необходимыя свѣдѣнія о папирусахъ, какъ памятникѣ. Въ концѣ книги указатели: изданій греческихъ папирусовъ, папирусовъ, на которые ссылается авторъ, и источниковъ римскаго права.

Матеріалъ, надъ которымъ работалъ авторъ, тотъ же, что и въ упомянутомъ выше изданіи «Grundzüge»; какъ и тамъ, такъ и здѣсь использована — насколько можно судить — вся соотвѣтствующая литература, въ томъ числѣ и самое это изданіе. Выводы, къ какимъ пришелъ авторъ, въ большинствѣ совпадаютъ съ выводами Миттейса, но есть и существенныя отклоненія; изъ нихъ отмѣтимъ: утвержденіе, что Папиніанъ и въ римское право внесъ п р я м о е представительство; отрицаніе юридическаго значенія за документами, содержащими протоколъ соглашенія о куплѣ-продажѣ недвижимостей; по мнѣнію автора, эти документы только приготовительные, составлялись, вѣроятно, для исчисленія пошлинъ, взимавшихся съ купчихъ, юридическое же значеніе пріобрѣталось такимъ соглашеніемъ только по полученіи задатка, размѣромъ котораго ограничивалась отвѣтственность сторонъ.

Критическая оцѣнка выводовъ автора требуетъ разбора источниковъ, и вышла бы изъ рамокъ настоящей рецензіи. Часть выводовъ уже даны были авторомъ въ упомянутой его нѣмецкой работѣ, отмѣченной своевременно въ западно-европейской и нашей литературѣ (рецензія А. Э. Вормса въ «Вопросахъ Права», 1910 года, кн. III).

С. Сабининъ.

В. В. Резенбергъ. Товарищество съ ограниченной отвѣтственностью (о необходимости введенія этой формы въ Россіи). С.-Пб. 1912, стран. 211. Ц. 1 р. 40 к.

Книга съ приведеннымъ заглавіемъ излагаетъ исторію появленія товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью въ германскомъ и австрійскомъ законодательствахъ и затѣмъ послѣдовательно разбираетъ важнѣйшіе догматическіе вопросы, связанные съ внутренней организаціей и внѣшней жизнью товариществъ этого типа. Поставленная такъ задача выполняется авторомъ на основаніи соотвѣтствующей германской книжной и журнальной литературы съ достаточной обстоятельностью и можетъ служить надежнымъ пособіемъ для ознакомленія съ германскимъ типомъ товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью. Но автору дорога и другая

Digitized by Google

цѣль. Глава IV опредѣленно ставитъ вопросъ о необходимости введенія этой формы товариществъ и въ Россіи. Вопросъ этотъ возникалъ и раньше, но Комиссія по составленію проекта гражданскаго уложенія отнеслась отрицательно къ началу ограниченной отвѣтственности въ товариществахъ, такъ какъ участіе товарищей въ такихъ товариществахъ имѣетъ личный характеръ, а потому ограниченіе ихъ отвѣтственности опредѣленными предѣлами явилось бы ничѣмъ необъяснимой привилегіей. Наоборотъ, Министерство торговли и промышленности въ 1906 году поставило своей задачей безъ всякаго пересмотра акціонернаго законодательства выработку общаго положенія о товариществѣ съ ограниченной отвѣтственностью и считало, что въ эту форму могли бы облечься тѣ семейно-паевыя предпріятія, которыя являются неправильнымъ наростомъ въ нашемъ акціонерномъ дѣлѣ. На доказательство этой же мысли направлены и всѣ усилія г. Розенберга.

Какъ ни почтенны всякія попытки законодательнаго обновленія и реформъ, какъ ни своевременна была бы эта работа въ области именно законодательства о товариществахъ, современная русская жизнь представляетъ слишкомъ мало опредѣленно сложившихся въ этомъ отношеніи формъ, накопленнаго матеріала, и вылившихся въ опредѣленные постулаты требованій, чтобы считать вопросъ выяснившимся, а моментъ благопріятнымъ для того, чтобы произвести то, что Іерингъ называлъ концентраціей юридическаго матеріала. Тѣ товарищескія организаціи, которыя усвоиваютъ у насъ ограниченную отвѣтственность, и обиліе которыхъ у насъ за послѣдніе годы отмѣчаетъ г. Розенбергъ со словъ проф. Каминки (см. «Очерки», стран. 361), относятся къ другой категоріи явленій артельныхъ, производительныхъ и потребительныхъ организацій, стремящихся лишь поднять этимъ путемъ благосостояніе своихъ членовъ на кооперативныхъ началахъ и ищущихъ въ ограниченной отвѣтственности лишь средства создать себѣ кредитный базисъ. Товарищества съ ограниченной отвѣтственностью явленія чисто капиталистическія, но съ болѣе ограниченнымъ кругомъ участниковъ и менѣе сложной организаціей, чѣмъ акціонерныя, представляющія каждому возможность проявить всю энергію личной инициативы и предпріимчивости, но съ ограниченной отвѣтственностью. Нельзя не согласиться съ проф. Каминкой («Очерки», стран. 371), что перенесеніе цѣликомъ института товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью въ Россію представляется дѣломъ рискованнымъ.

Дѣло въ томъ, что какъ въ Германіи, такъ и въ Австріи введеніе этого института сопровождалось процессомъ увеличенія числа несостоятельностей. Это показываетъ, что злоупотребленія ограниченной

Digitized by Google

отвѣтственностью имѣли мѣсто и на Западѣ. Въ Россіи, гдѣ принципъ отвѣтственности не вкоренился еще въ практику гражданскаго оборота, ограниченіе ея привело бы къ тому, что товарищи были бы лишены кредита и вѣроятно вызвало бы предположеніе со стороны открывающихъ кредитъ, что за этой формой скрывается стремленіе совершенно избѣжать отвѣтственности по своимъ долгамъ.

Г. Розенберга очень прельстила та форма рѣшенія проблемы о товариществахъ съ ограниченной отвѣтственностью, которая была найдена въ германскомъ законѣ 1892 и въ усовершенствовавшемъ его австрійскомъ законѣ 1896 года. Для полноты аргументаціи необходимо было бы доказать, что и у насъ наблюдается такой же приливъ мелкаго капитала къ торгово-промышленному обороту и оживленіе предпріимчивости, которыя наблюдались въ Германіи послѣ франко-прусской войны. Но уже и на родинѣ этихъ законовъ происходитъ пересмотръ этихъ законовъ съ цѣлью ограничить тѣ злоупотребленія формой, которыя обнаружились на почвѣ слабой гарантіи кредита. На послѣднемъ 31-мъ съѣздѣ германскихъ юристовъ въ Вѣнѣ въ 1912 году были представлены доклады объ объединеніи и исправленіи германскаго и австрійскаго права о товариществахъ съ ограниченной отвѣтственностью, но обсужденіе и рѣшеніе вопроса еще отложено до слѣдующаго съѣзда. Очевидно придется отложить проектъ реформы и русскимъ поклонникамъ этой формы, если они такъ тѣсно держатся за германскій образецъ. А между тѣмъ исторія торговаго законодательства другихъ странъ показываетъ, что и тамъ эта проблема ставилась гораздо раньше Германіи и рѣшалась гораздо проще путемъ улучшенія акціонернаго законодательства, куда естественно примыкаютъ всѣ капиталистическія формы товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью.

Вопреки болѣе чѣмъ странному утвержденію г. Розенберга, что въ романскихъ государствахъ съ Франціей во главѣ попытокъ къ созданію формы ассоціаціи, подобной товариществу съ ограниченной отвѣтственностью, какъ кажется, не дѣлалось (стран. 39), Франція какъ разъ явила картину спокойнаго претворенія этой формы и не оказалась обездоленной въ этомъ отношеніи, какъ утверждаетъ цитируемый г. Розенбергомъ Vossen, потому только что ей осталось неизвѣстной германская форма товарищества по куксамъ.

Во Франціи въ 1863 году былъ изданъ законъ о товариществахъ съ ограниченной отвѣтственностью или, какъ предполагали ихъ тогда назвать, о «свободныхъ акціонерныхъ товариществахъ» Вызвано было появленіе этого закона заключеніемъ франко-англійской конвенціи 1862 года, предоставившей англійскимъ обществамъ право свободнаго дѣйствія во Франціи. Вслѣдствіе этого представилось

Digitized by Google

необходимымъ освободить французскія акціонерныя товарищества отъ стѣснявшаго ихъ режима предварительной авторизаціи и поставить ихъ на ряду съ аналогичными англійскими товариществами. Для этого была введена свобода открытія акціонерныхъ товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью, подъ условіемъ регистраціи ихъ статутовъ и подчиненія извѣстнымъ правиламъ, свободнымъ, однако, отъ административнаго вмѣшательства. Однако на основаніи закона 1863 года могли лишь открываться акціонерныя товарищества, капиталъ которыхъ не превосходилъ 20 тыс. фр. Эта форма просуществовала только до 1867 года, когда свобода открытія товариществъ такого рода была распространена безразлично на товарищества акціонерныя и коммандитныя. Намъ представляется, что усовершенствованіе порядка возникновенія, регистраціи, отчетности и надзора въ области акціонернаго дѣла могли бы безъ остатка рѣшить проблему товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью и для Россіи. Не могъ обойти этихъ вопросовъ въ своемъ этюдѣ и г. Розенбергъ и, излагая мнѣнія Совѣщанія по акціонерному законодательству при Министерствѣ торговли и промышленности, онъ склоняется къ признанію нотаріусовъ наиболѣе подходящими для роли реестровыхъ судей (стран. 73), тогда какъ даже въ романскихъ законодательствахъ, гдѣ нотаріатъ поставленъ такъ высоко, регистраціонныя функціи все-таки передаются мировымъ судьямъ.

Пока русскіе писатели и совѣщанія рѣшаютъ вопросъ о введеніи у насъ товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью, въ Собраніе Узаконеній и Распоряженій правительства постоянно печатаются статьи объ утвержденіи условій дѣятельности въ Россіи различныхъ иностранныхъ обществъ съ ограниченной отвѣтственностью. Среди нихъ представлены двѣ группы. Такъ, за первую половину 1912 года разрѣшена дѣятельность шести англійскихъ акціонерныхъ товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью, то-есть такихъ, у которыхъ раздѣленіе капитала на акціи на ряду съ ограниченной отвѣтственностью указываетъ еще и предѣлъ этой отвѣтственности для отдѣльныхъ товарищей. Вторую группу товариществъ съ ограниченной отвѣтственностью, допущенную къ дѣйствію въ Россіи, составляютъ уставы обществъ германско-австрійскаго типа.

Путемъ практическаго ознакомленія и сравненія этихъ формъ и на основаніи указаній своего опыта русское законодательство можетъ, очевидно, выработать типъ товарищества, менѣе зависимый отъ германскихъ только образцовъ.

В. Краснокутскій.

Digitized by Google

А. С. Выдринъ и М. В. Виленкинъ. Законъ о правѣ застройки. Со вступ. статьей и подробн. постатейными разъясненіями, со ст. по законодательнымъ мотивамъ. М. 1913 г. 98 стран. Ц. 80 к. К-во «Школа». **Г. Гойхбаргъ.** Законъ о правѣ застройки. Текстъ съ объясненіями. Практическій комментарій. С.-Пб. Изд. юрид. книжн. склада «Право». 1913 г. 123 стран. Ц. 1 р. **М. Мининъ и В. Выставкинъ.** Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки. Юрид. конструкція, законъ, текстъ его съ разъясненіями и образцы договоровъ о правѣ застройки. М. 1913 г. 45 стран. Ц. 50 к. **Н. Рудинъ.** Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки. Текстъ закона. Законодательные мотивы. Постатейныя объясненія на основаніи объяснительной записки Министра внутреннихъ дѣлъ, докладовъ комиссій Гос. Думы и Гос. Совѣта и преній въ законодательныхъ учрежденіяхъ. Приложенія. С.-Пб. Юрид. К-во «Сотрудникъ». 1912 г. 184 стран. Ц. 1 р. 50 к. **Н. С. Цыпкинъ.** Законъ 23 іюня 1912 г. о правѣ застройки. Съ объясненіями и законодательными соображеніями. Изданіе «Законовѣдѣніе». С.-Пб. 1913 г. 92 стран. Ц. 90 к.

Законъ о правѣ застройки вызванъ къ жизни двумя рядами причинъ. Одинъ рядъ составляютъ явленія соціально-экономическія, другой — юридическія. Первыя заключаются, главнымъ образомъ, въ слѣдующемъ. Населеніе Россіи растетъ чрезвычайно быстро. Все усложняющаяся хозяйственная жизнь способствуетъ,— особенно въ связи съ развитіемъ желѣзнодорожной сѣти,— передвиженію населенія и образованію новыхъ населенныхъ мѣстъ. Нужда въ землѣ увеличивается особенно для возведенія зданій. Между тѣмъ собственники земель отчасти вслѣдствіе недостаточнаго развитія ипотечнаго кредита и недостатка свободныхъ капиталовъ, отчасти изъ-за неопредѣлившихся общественныхъ отношеній, вызывающихъ неувѣренность въ хозяйственной дѣятельности, не строятъ въ нужномъ количествѣ зданія на принадлежащей имъ землѣ для отдачи ихъ въ наемъ. Такимъ образомъ возникаетъ необходимость въ арендованіи земли у ея собственниковъ подъ застройку.

Однако несовершенство нашихъ законовъ объ арендѣ земли препятствовало установленію нормальныхъ отношеній между строящимися арендаторами и собственниками земель. Лишь въ связи съ изданіемъ закона о правѣ застройки возникъ вопросъ объ измѣненіи теперь же[1]) ст. 1692 т. X ч. 1, по которой запрещалось отда-

[1]) Проектъ Гражд. Улож. устанавливаетъ предѣльный срокъ въ 36 лѣтъ.

Digitized by Google

вать въ наемъ недвижимыя имущества на срокъ свыше 12 лѣтъ[1]). Закономъ 15 марта 1911 года срокъ этотъ продленъ до 36 лѣтъ. При существованіи же предѣльнаго срока въ 12 лѣтъ постройка зданій на чужой землѣ, вызывавшаяся глубокими потребностями жизни производилась, но при этомъ стороны пытались всячески обойти мѣшающій имъ законъ и установить болѣе продолжительныя отношенія, ибо строиться на 12 лѣтъ экономически безсмысленно для арендатора. Эти обходныя движенія въ конечномъ счетѣ должны были приводить арендаторовъ къ печальному положенію. Они затрачивали значительныя средства и при возобновленіи договоровъ вынуждены были подчиняться силошь и рядомъ тягостнымъ условіямъ хозяевъ земель, лишь бы не превратить цѣнное строеніе въ груду матеріаловъ. Эту ненормальность отношеній не можетъ устранить и законъ о тридцатишестилѣтнемъ срокѣ. Задача устраненія этой ненормальности возлагается на новый законъ 23 іюня 1912 года.

Вмѣстѣ съ тѣмъ законъ этотъ, по мнѣнію его иниціаторовъ, долженъ способствовать и болѣе дешевому банковому кредиту подъ постройки на чужой землѣ,—ибо банки охотнѣе будутъ кредитовать собственниковъ зданій на чужой землѣ, если будутъ увѣрены, что строенія возводятся на продолжительное время,— будетъ способствовать и благоустройству поселеній и пониженію квартирныхъ цѣнъ, ибо арендаторы будутъ строить болѣе цѣнныя зданія и притомъ въ большемъ количествѣ.

Законъ о правѣ застройки проходилъ законодательныя учрежденія подъ знакомъ большого общественнаго вниманія. На него возлагали большія упованія. Не лишне замѣтить, что въ Германіи соотвѣтственныя нормы Гражд. Улож. (Erbbaurecht — §§ 1012—1017) не внушали никакихъ серіозныхъ надеждъ на улучшеніе, благодаря имъ, жилищныхъ отношеній, что́ и является, повидимому, причиной недостаточной ихъ разработки[2]).

Какое значеніе пріобрѣтетъ новый законъ въ Россіи, покажетъ будущее. Пока же можно лишь констатировать существованіе большихъ надеждъ, на него возлагающихся. Общественное вниманіе

---

[1]) Изъятія, перечисленныя въ ст. 1693 т. X ч. 1, не могли, конечно, сколько-нибудь значительно ослабить дѣйствіе 1692 статьи.

[2]) Въ другомъ изъ новѣйшихъ кодексовъ — Швейцарскомъ гражд. уложеніи право застройки регулируется всего двумя статьями — 675 и 779. Въ послѣднее же время въ Германіи начинаютъ придавать праву застройки бо́льшее значеніе («man macht mit der Belebung des Instituts Ernst». M. Wolff. Lehrbuch des bürg. Rechts, Sachenrecht, § 104). Впрочемъ, это оживленіе, быть-можетъ, зависитъ отъ того, что въ Германіи начали пользоваться этими нормами города и общины, которыя ведутъ серіозную жилищную политику.

Digitized by Google

къ новому закону выразилось, помимо всего, и въ появленіи въ теченіе короткаго времени пяти комментаріевъ къ закону. Комментаріи эти — неодинаковой цѣнности. Общее между ними лишь то, что всѣ они главное вниманіе обращаютъ на первый отдѣлъ закона и оставляютъ безъ сколько-нибудь достаточнаго обсужденія второй отдѣлъ Весь законъ состоитъ изъ четырехъ отдѣловъ. Послѣдніе два не требуютъ особыхъ поясненій: отдѣлъ III регулируетъ отношенія собственниковъ строеній на земляхъ удѣльныхъ и кабинетскихъ, а отдѣлъ IV говоритъ о распространеніи дѣйствія закона о правѣ застройки повсемѣстно, за исключеніемъ губерній Царства Польскаго и Прибалтійскихъ. Нуждаются въ комментированіи первые два отдѣла и притомъ второй не меньше перваго. Вѣдь второй отдѣлъ вторгается въ уже существующія отношенія и пытается ихъ урегулировать, облегчить положеніе арендаторовъ, построившихся на чужой землѣ и не снесшихъ строенія до обнародованія закона и притомъ притѣсняемыхъ собственниками земельныхъ участковъ при возобновленіи договоровъ, которые имѣлись въ виду при возникновеніи отношеній. Этотъ отдѣлъ вызвалъ большія трения между Гос. Думой и Гос. Совѣтомъ, но еще больше треній, вслѣдствіе своихъ недостатковъ, вызоветъ онъ въ жизни. Поэтому-то онъ и требуетъ немедленнаго и детальнаго обсужденія, чего нѣтъ въ вышедшихъ комментаріяхъ.

Всѣ они заняты преимущественно первымъ отдѣломъ, въ которомъ изложенъ законъ собственно о правѣ застройки, т.-е. о правѣ пользоваться за вознагражденіе въ теченіе не менѣе 36 и не болѣе 99 лѣтъ другимъ участкомъ земли съ обязанностью возвести и поддерживать на немъ строенія, причемъ въ реестрѣ крѣпостныхъ дѣлъ открывается особый листъ для каждаго права, и оно можетъ переходить на время его дѣйствія къ другимъ лицамъ, кромѣ собственника, путемъ завѣщанія, отчужденія добровольнаго и принудительнаго, въ силу наслѣдованія, можетъ быть обременяемо долгами и, при разрѣшеніи хозяина земли, сервитутами. Въ законѣ указанъ способъ установленія и прекращенія права застройки и установлены другія положенія, связанныя съ существованіемъ права застройки.

Изъ всѣхъ комментаріевъ лишь въ одномъ, а именно А. Г. Гойхбарга, дано самостоятельное рѣшеніе множества вопросовъ гражданскаго права, связанныхъ съ нормами закона о правѣ застройки. Если съ нѣкоторыми положеніями автора и нельзя согласиться, если тотъ или иной вопросъ и не попалъ въ поле зрѣнія автора или недостаточно имъ обсужденъ, то все же надо признать въ этомъ комментаріи солидное руководство, могущее

Digitized by Google

быть весьма полезнымъ для уясненія цѣлаго ряда сложныхъ явленій, порождаемыхъ новымъ закономъ.

Что касается остальныхъ комментаріевъ, то они, за исключеніемъ комментарія Н. Рудина, одного типа. Самостоятельнаго въ нихъ мало, лишь нѣсколько замѣчаній, комментированіе же сводится къ выдержкамъ изъ объяснительной записки къ проекту Министра внутр. дѣлъ, докладовъ комиссій Гос. Думы и Гос. Совѣта. Матеріалъ этотъ можетъ быть весьма полезенъ для уясненія той или другой статьи закона, но даже хорошая систематизація такого матеріала не составитъ комментарія. Всѣ три изданія опрятны.

Особый характеръ носитъ книга Н. Рудина. Авторъ въ гораздо большей мѣрѣ, чѣмъ предыдущіе, использовалъ матеріалъ Министра внутр. дѣлъ и законодательныхъ учрежденій. Но систематизировать этотъ матеріалъ онъ не пытается и комментарія не даетъ. Въ приложеніи даны историческій очеркъ института права застройки (въ связи съ исторіей чиншевого владѣнія) и юридическая конструкція права застройки. Обѣ эти статьи широко использовали объяснительную записку Министра внутр. дѣлъ, повторяя иногда дословно цѣлыя страницы, что даетъ поводъ предполагать тожество авторовъ объяснительной записки и комментарія. Издана книга съ безчисленнымъ множествомъ опечатокъ.

Появленіе пяти комментаріевъ вслѣдъ за изданіемъ новаго закона свидѣтельствуетъ объ оживленіи цивилистической мысли и объ увеличившихся потребностяхъ практическихъ дѣятелей. Но скорость появленія не причинила ущерба лишь одному комментарію — Гойхбарга. Остальные же комментаріи — теоритику не нужны, а практику не смогутъ служить дѣйствительнымъ подспорьемъ.

А. Долматовскій.

С. В. Завадскій и **В. Н. Свидерскій,** Кассаціонная практика по общеимперскому конкурсному праву и процессу. С.-Петербургъ, 1913 г. XVI+229 стран. Ц. 2 р.

При слабомъ развитіи нашего конкурснаго законодательства, при неясности многихъ его постановленій, судебная практика пріобрѣла въ этой области особое значеніе. При небольшомъ числѣ коммерческихъ судовъ, наибольшее количество спорныхъ вопросовъ не только въ области неторговой, но и торговой несостоятельности, восходило на разрѣшеніе гражданскаго кассаціоннаго

Digitized by Google

департамента. Между тѣмъ, въ то время какъ въ сборникахъ практики судебнаго департамента, составленныхъ Носенко, Вильсономъ, Добровольскимъ, мы встрѣчаемъ цѣлые отдѣлы, посвященные вопросамъ несостоятельности, практика гражданскаго департамента по этому вопросу мало разработана. Комментированныя изданія Устава Судопроизводства Торговаго и Устава Гражданскаго Судопроизводства содержатъ подъ соотвѣтствующими статьями ссылки на рѣшенія гражданскаго департамента, но ссылки эти далеко не исчерпывающія, размѣщены онѣ подъ отдѣльными статьями не систематично, и не даютъ полнаго представленія о разрѣшеніи гражданскимъ департаментомъ цѣлаго ряда вопросовъ конкурснаго права. Интересную попытку дать систематическое изложеніе судебной практики по дѣламъ о несостоятельности, разсмотрѣннымъ какъ коммерческими, такъ и общими судами, сдѣлалъ членъ С.-Петербургскаго коммерческаго Суда, Т. Д. Андреевъ, но работа эта осталась незаконченной, вышелъ только первый выпускъ. Нынѣ эта «практика», изданная въ 1879 году, устарѣла, но и для своего времени, заключая въ себѣ одновременно рѣшенія и 4-го департамента и департамента гражданскаго, она не давала полнаго представленія практики послѣдняго, по многимъ вопросамъ разошедшагося съ 4-мъ департаментомъ.

Трудъ С. В. Завадскаго и В. Н. Свидерскаго отвѣчаетъ давно назрѣвшей потребности и выполненъ образцово. Составители отказались отъ размѣщенія рѣшеній по отдѣльнымъ статьямъ и установили собственную систему, что, при недостаточности постановленій дѣйствующаго конкурскаго законодательства и невыдержанности системы послѣдняго, можно только привѣтствовать. Въ этомъ отношеніи работа составителей выгодно отличается отъ аналогичныхъ имѣющихся сборниковъ рѣшеній судебнаго департамента и носитъ научный характеръ. Сборникъ содержитъ свыше девятисотъ тезисовъ, размѣщенныхъ болѣе чѣмъ подъ тремя стами заголовками, охватывающими большинство вопросовъ конкурснаго права. Весь сборникъ раздѣленъ на шесть частей. Часть первая посвящена несостоятельности по торговлѣ, при чемъ матеріалъ расположенъ въ порядкѣ развитія конкурснаго производства: объ открытіи несостоятельности, объ объявленіи несостоятельности и о публикаціяхъ, о предъявленіи кредиторскихъ правъ, о присяжномъ попечителѣ, о выборѣ кураторовъ и составленіи конкурснаго управленія и т. д. Часть вторая посвящена несостоятельности кредитныхъ установленій; часть третья — несостоятельности неторговой; часть четвертая — вопросу о личномъ задержаніи должниковъ; часть пятая — администраціямъ по дѣламъ

Digitized by Google

торговымъ; часть шестая — производствамъ въ судѣ, связаннымъ съ конкурснымъ процессомъ: о процессуальныхъ правахъ должника, объ обжалованіи опредѣленій конкурснаго управленія, объ обжалованіи рѣшеній и опредѣленій суда первой инстанціи, о кассаціонныхъ жалобахъ и т. д. Главнымъ недостаткомъ системы, избранной составителями, является невыдѣленіе въ особую часть, имѣющихъ столь большое значеніе, матеріально-правовыхъ послѣдствій конкурснаго процесса, но и этотъ недостатокъ въ значительной степени устраняется приложеннымъ къ книгѣ, обстоятельно составленнымъ предметнымъ указателемъ.

Самыя выдержки изъ рѣшеній приводятся, въ большинствѣ случаевъ, не только въ видѣ голыхъ тезисовъ, но съ мотивами, высказанными Сенатомъ, при чемъ, что представляетъ очень большое удобство, нумерація статей, на которыя дѣлается ссылка въ рѣшеніяхъ, измѣнена соотвѣтственно послѣднимъ изданіямъ подлежащихъ томовъ Свода Законовъ. Рѣшенія Сената собраны до 1 сентября 1912 года, и кромѣ того, помѣщенъ цѣлый рядъ неопубликованныхъ резолюцій отдѣленій гражданскаго департамента, представляющихъ также значительный интересъ.

Сборникъ послужитъ не только прекраснымъ руководствомъ для юристовъ-практиковъ, но, при незначительности у насъ работъ по конкурсному процессу, важнымъ пособіемъ и при научныхъ изысканіяхъ въ области русскаго конкурснаго права.

Д. М. Генкинъ.

Н. Н. Шапошниковъ. Теорія цѣнности и распредѣленія. Критическое изслѣдованіе о новѣйшихъ теченіяхъ въ экономической теоріи. Москва 1912 г. 235 стр. Ц. 1 руб. 50 коп.

Въ иностранной экономической литературѣ наблюдается въ послѣдніе годы усиленный интересъ къ чисто теоретическимъ проблемамъ. Отодвинутые на нѣкоторое время на задній планъ — подъ вліяніемъ господства взглядовъ «исторической» школы — вопросы о цѣнности, прибыли, заработной платѣ и т. д. снова выступили на очередь. Возникла новая школа (англо-американская), оформились взгляды нѣкоторыхъ школъ, раньше возникшихъ, стала усиленнѣе работать мысль надъ этими хотя и старыми, но еще ожидающими своего рѣшенія вопросами.

Нельзя поэтому не привѣтствовать появленіе труда Н. Н. Шапошникова, вводящаго русскаго читателя въ кругъ теоретическихъ

Digitized by Google

проблемъ. Интересъ къ разсматриваемому труду еще усиливается оттого, что авторъ посвятилъ свою работу новѣйшимъ теченіямъ экономической теоріи и знакомитъ насъ какъ разъ съ тѣми вопросами, вокругъ которыхъ вращается въ настоящее время мысль западноевропейскихъ и американскихъ экономистовъ.

Главная часть работы Н. Н. Шапошникова посвящена теоріи распредѣленія. Послѣ вступительной главы, посвященной постановкѣ проблемы распредѣленія, авторъ излагаетъ и подвергаетъ критическому анализу теорію воздержанія Сеніора, теорію лажа Б.-Баверка, ученіе Тюнена и теорію предѣльной производительности въ ея постановкѣ у Кларка и его послѣдователей, попутно разбирая также теорію вмѣненія Визера. Въ результатѣ своего анализа авторъ приходитъ къ выводу, что ни одна изъ разобранныхъ имъ теорій не въ силахъ доказать, что «источникъ прибыли и всѣхъ вообще нетрудовыхъ доходовъ коренится въ естественныхъ условіяхъ хозяйства». Кромѣ разбора теорій распредѣленія авторъ даетъ еще очеркъ ученія о цѣнности.

Наиболѣе интересными и оригинальными представляются намъ въ разсматриваемомъ трудѣ первыя три главы о распредѣленіи. Въ первой изъ этихъ главъ авторъ дѣлаетъ удачныя замѣчанія о соціально-органическомъ и индивидуалистическомъ методахъ анализа проблемы распредѣленія и выясняетъ сферы примѣненія каждаго изъ этихъ методовъ. Онъ даетъ затѣмъ схемы процесса общественнаго производства, напоминающія отчасти схемы Кенэ, отчасти — Маркса. Не лишены интереса и критическія замѣчанія автора относительно ученія Б.-Баверка о фондѣ доходовъ (стран. 69 и слѣд.) къ которымъ, впрочемъ, авторъ не совсѣмъ кстати, по нашему мнѣнію, присоединяетъ замѣчанія о спорѣ Маркса противъ Смита по вопросу о распредѣленіи продукта производства. Толкованіе, которое Н. Н. Шапошниковъ даетъ соотвѣтствующему ученію Смита (стран. 74), намъ представляется натянутымъ. Не можемъ мы также согласиться съ разсужденіями автора о вліяніи техническаго прогресса на органическое строеніе капитала. Утвержденіе Н. Н. Шапошникова, что «если на ряду съ прогрессомъ техники будетъ происходить и сліяніе въ одномъ хозяйственномъ предпріятіи различныхъ послѣдовательныхъ стадій производства, то это можетъ повести къ паденію расходовъ на сырой матеріалъ въ общей суммѣ расходовъ капиталиста» (стран. 67), кажется намъ основаннымъ на недоразумѣніи. Сліяніе въ одномъ предпріятіи послѣдовательныхъ стадій производства, дѣйствительно, можетъ уменьшить количество средствъ производства, поступающихъ въ качествѣ продукта на рынокъ, но никакъ не можетъ само по себѣ уменьшить коли-

Digitized by Google

чество средствъ производства, участвующихъ въ предпріятіи, а слѣдовательно, и не можетъ измѣнить отношеніе, существующее между постояннымъ и перемѣннымъ капиталомъ. Если ткацкая фабрика сольется съ прядильной, всю пряжу которой она раньше покупала, то пряжа не будетъ фигурировать на рынкѣ, но она останется въ балансѣ предпріятія. Получится разница — чисто бухгалтерская. До сліянія пряжа фигурировала въ балансѣ прядильной въ активѣ подъ рубрикой «готовый товаръ», а послѣ сліянія она будетъ значиться въ новомъ предпріятіи подъ статьей «матеріалы въ дѣлѣ». Органическое же строеніе капитала останется прежнее.

Главы о теоріяхъ воздержанія и лажа и о теоріи распредѣленія Тюнена заключаютъ въ себѣ весьма глубокій анализъ разбираемыхъ ученій, при чемъ глава о Тюненѣ болѣе оригинальна. По поводу критики Сеніора и отчасти Б.-Баверка хотѣлось бы лишь сказать, что авторъ слишкомъ долго останавливается на доказательствѣ весьма очевиднаго положенія, что «въ современномъ обществѣ никому, ни капиталистамъ, ни рабочимъ, не приходится ждать или откладывать потребленіе».

Меньше всего можно согласиться съ тѣмъ освѣщеніемъ и критикой, которыя Н. Н. Шапошниковъ даетъ теоріи предѣльной производительности Кларка и его послѣдователей. Здѣсь многое кажется намъ невыясненнымъ и спорнымъ. Такъ, раньше всего остается невыясненнымъ, насколько правильно примѣняетъ Кларкъ свой основной пріемъ изученія законовъ распредѣленія въ предѣлахъ статики. Авторъ предвидитъ сомнѣнія читателя на этотъ счетъ, но, несмотря на важность вопроса, обрываетъ въ этомъ пунктѣ свою мысль неясной фразой о томъ, что «характернымъ признакомъ статики надо считать не постоянство техническихъ пріемовъ, а неизмѣнность уровня техническихъ знаній» (стран. 181). Между тѣмъ Кларкъ самъ сознаетъ, что онъ употребилъ динамическій пріемъ для объясненія закона статики («Distribution of wealth», стран. 178). Кларкъ почему-то думаетъ, что для иллюстраціи такой пріемъ допустимъ и удобенъ. Дѣло здѣсь, однако, какъ намъ кажется, не въ одной иллюстраціи. Безъ привлеченія «динамики» Кларкъ едва ли, вообще, былъ бы въ состояніи обосновать свой главный выводъ. Разсматривая общественное хозяйство подъ динамическимъ угломъ зрѣнія, какъ процессъ, можно утверждать, напр., что, при неизмѣнномъ числѣ рабочихъ, увеличеніе капитала ведетъ къ паденію производительности каждой доли капитала, и что производительность послѣдней доли капитала опредѣляетъ норму прибыли. Но если разсматривать

Digitized by Google

хозяйство подъ угломъ зрѣнія статики, т.-е. не какъ процессъ, а какъ **результатъ процесса**, то весьма трудно себѣ представить, чѣмъ реально отличаются одна отъ другой всѣ доли капитала, и что такое та **послѣдняя** доля, которая должна установить норму прибыли. Въ связи съ этимъ возникаетъ и другой основной вопросъ, не освѣщенный Кларкомъ, и не остановившій на себѣ вниманія автора разбираемаго труда, а именно, вопросъ о томъ, что разумѣетъ теорія предѣльной производительности подъ **единицей** капитала и труда. Если думать, что производительность послѣдующихъ затратъ капитала падаетъ и что норма прибыли зависитъ отъ производительности «послѣдней доли» капитала, то вопросъ о томъ, считать ли послѣдней долей капиталъ въ 10, 100, 1000 или 10000 рублей — имѣетъ большое значеніе. Тотъ же вопросъ возникаетъ и по отношенію къ заработной платѣ. Что такое «послѣдняя единица» труда, трудъ одного, десяти, ста или тысячи рабочихъ? Н. Н. Шапошниковъ имѣлъ тѣмъ болѣе основаній остановиться на этомъ вопросѣ, что онъ близко подходитъ къ нему тамъ, гдѣ говоритъ о продуктѣ труда всѣхъ рабочихъ (стран. 216—217).

Вопросъ о послѣдней долѣ и объ единицѣ, которой ее нужно измѣрять, могъ бы легче быть рѣшенъ, если считать паденіе производительности труда и капитала результатомъ **разнороднаго качественнаго** состава этихъ факторовъ производства, а не слѣдствіемъ **измѣненія пропорцій**, въ которыхъ эти факторы въ производствѣ участвуютъ. Если фактъ паденія производительности труда считать результатомъ примѣненія машинъ разнаго качества, болѣе производительныхъ и менѣе производительныхъ, тогда можно себѣ представить паденіе производительности послѣдующихъ долей труда въ видѣ кривой, и вопросъ объ единицѣ сведется къ вопросу о предѣлѣ. У Кларка такая концепція имѣется (Distribution, стран. 109), но она играетъ у него подчиненную роль, такъ какъ онъ и самъ, очевидно, чувствуетъ всю натянутость утвержденія, будто при увеличеніи количества рабочихъ приходится примѣнять худшія машины. Во всякомъ случаѣ, мы полагаемъ, что между двумя вышеуказанными конструкціями существуетъ коренное различіе, которое должно навести на размышленія, но котораго Н. Н. Шапошниковъ не отмѣчаетъ.

Кларкъ очень любитъ подчеркивать, что его ученіе является лишь распространеніемъ на промышленность ученія Рикардо о дифференціальной рентѣ (Distribution, стран. 191, 198 и другія). То же самое подчеркиваетъ и Н. Н. Шапошниковъ и даже на протяженіи нѣсколькихъ страницъ старается доказать, что англо-

Digitized by Google

американская школа заимствовала свои взгляды у классиковъ (стран. 169 и сл.), хотя это обстоятельство послѣ категорическихъ ссылокъ Кларка на ученіе Рикардо особаго доказательства не требуетъ. Но мы не находимъ у автора разъясненія коренного различія между ученіями Рикардо о диференціальной рентѣ и ученіемъ Кларка, различія, заключающагося въ томъ, что, по ученію Кларка, послѣднія доли капитала д а ю т ъ прибыль, а по ученію Рикардо, — худшія земли н е д а ю т ъ ренты.

Разбирая вопросъ о равенствѣ продукта производства суммѣ доходовъ, приходящихся, въ силу принципа предѣльной производительности на долю труда и капитала, авторъ дѣлаетъ весьма удачное замѣчаніе, что «отъ осуществленія этого равенства въ значительной степени зависитъ судьба теоріи распредѣленія Кларка» (стран.191). И въ самомъ дѣлѣ, если сумма прибылей и заработныхъ платъ, установленныхъ на основаніи принципа предѣльной производительности, не составитъ всего чистаго общественнаго дохода, то, очевидно, фактъ существованія петрудового дохода не будетъ объясненъ. Можно было поэтому ожидать, что авторъ подробно остановится на доказательствѣ того, что указанное равенство осуществляется. Но здѣсь какъ разъ мысль автора какъ бы обрывается, и онъ ограничивается лишь изложеніемъ соображеній на этотъ счетъ самого Кларка, — соображеній, весьма мало доказательныхъ. Если мы не ошибаемся, Н. Н. Шапошниковъ и самъ не вѣритъ въ доказательность соотвѣтствующихъ доводовъ Кларка. И здѣсь хочется спросить, не является ли слишкомъ поспѣшнымъ утвержденіе автора, что въ логическихъ построеніяхъ Кларка нельзя найти ошибокъ (стран. 189).

Переходя къ очерку о цѣнности, мы должны замѣтить, что здѣсь, въ противоположность страницамъ, посвященнымъ распредѣленію, авторъ почти не даетъ своихъ мыслей, а ограничивается лишь изложеніемъ чужихъ взглядовъ. Большое достоинство этого очерка— ясность изложенія, но тѣсной связи между нимъ и остальной частью труда не существуетъ, и очеркъ этотъ скорѣе былъ бы умѣстенъ въ курсѣ политической экономіи, чѣмъ въ такомъ самостоятельномъ и оригинальномъ трудѣ, какимъ является разбираемая книга. Хотя авторъ въ предисловіи заявляетъ себя сторонникомъ математической школы и обѣщаетъ дать теорію цѣнности въ духѣ этой школы, но онъ, въ сущности, даетъ скорѣе синтезъ взглядовъ различныхъ экономистовъ, принадлежащихъ къ разнымъ школамъ и имѣющихъ между собою то общее, что всѣ они исходятъ изъ принципа предѣльной полезности. Такой синтезъ имѣлъ бы большее научное значеніе, если бы автору въ результатѣ удалось дать законченную

Digitized by Google

теорію цѣнности. Но, къ сожалѣнію, онъ приходитъ къ отрицательному выводу (стран. 49), и, вмѣстѣ съ тѣмъ, его очеркъ теряетъ свое теоретическое значеніе. Съ другой стороны, мы не находимъ въ главахъ о цѣнности анализа различій между разными новѣйшими теченіями во взглядахъ на цѣнность. А такой анализъ авторъ, на основаніи богатаго матеріала, съ которымъ онъ оперируетъ, могъ бы дать. Заявляя себя сторонникомъ математической школы, авторъ не даетъ обоснованія самого математическаго метода и его примѣнимости при рѣшеніи проблемы цѣнности.

Авторъ является сторонникомъ того, очень распространеннаго въ послѣднее время въ экономической литературѣ взгляда, что между теоріей предѣльной полезности и теоріей издержекъ производства Рикардо не только нѣтъ противорѣчія, но что обѣ теоріи даже дополняютъ другъ друга (стран. 38), — взгляда, который въ нашей литературѣ уже давно пропагандируетъ Туганъ-Барановскій. Но, къ сожалѣнію, авторъ не прибавляетъ новыхъ доводовъ для обоснованія этого взгляда и скорѣе его постулируетъ, чѣмъ обосновываетъ. Утвержденіе о взаимной зависимости между цѣной и издержками (стран. 39) является, въ сущности, не аргументомъ, а ничего не говорящей фразой.

Въ заключеніе намъ остается сказать, что, несмотря на отмѣченные пробѣлы, трудъ Н. Н. Шапошникова представляется намъ весьма цѣннымъ вкладомъ въ нашу теоретическую литературу, и ему можно пожелать самаго широкаго распространенія.

З. С. Каценеленбаумъ.

Проф. Л. І. Петражицкій. Акціи, биржевая игра и теорія экономическихъ кризисовъ. Т. І. С.-Пб. 1911 г. X+307 стран. Ц. 2 р. 25 к.

Имя автора давно уже пользуется громкою и почетною извѣстностью какъ въ западной, такъ и въ русской наукѣ.

Выступивъ первоначально въ Германіи, какъ цивилистъ, со своими капитальными работами по гражданскому праву: «Die Fruchtverteilung» (1892 г.) и «Die Lehre vom Einkommen» (1893—95 гг.), проф. Петражицкій въ 1900 году уже заявляетъ себя оригинальнымъ авторомъ «Очерковъ философіи права», чтобы, далѣе, перейти къ обоснованію своей «эмоціональной психологіи» (1905 г.), которая легла въ основу всей «психологической теоріи права», развитой имъ въ его двухтомной «Теоріи права и нравственности»

Digitized by Google

(1907 г.). Нынѣ авторъ подходитъ уже къ разрѣшенію основной «загадки» капиталистическаго хозяйства — къ проблемѣ экономическихъ кризисовъ, въ недалекомъ будущемъ обѣщая дать объясненіе историческимъ и политическимъ кризисамъ, а также обосновать «Соціологію», долженствующую завершить его широкую и оригинальную концепцію.

Такова богатая научная разносторонность автора данной книги, котораго, не даромъ, маститый ученый М. М. Ковалевскій сравниваетъ «съ двумя юристами-философами, долгое время справедливо приковывавшими къ себѣ вниманіе широкихъ круговъ европейскихъ читателей. Я разумѣю — говоритъ онъ — Генриха Мэна въ Англіи и Г. Тарда во Франціи» («Мораль и право». — «Русскія Вѣдомости», 1907 г., № 235). «Рѣдкая способность къ широкимъ обобщеніямъ», которую чутко подмѣтилъ проф. Максимъ Ковалевскій, — вотъ собственная стихія научнаго творчества проф. Л. І. Петражицкаго. Но нигдѣ, можетъ-быть, не сказалось такъ ярко это свойство мышленія автора, какъ именно въ данной книгѣ.

Все изслѣдованіе объ акціонерномъ дѣлѣ, съ котораго авторъ начинаетъ примѣненіе и развитіе своей основной идеи, какъ указываетъ самъ проф. Петражицкій, «играетъ лишь относительно скромную и подчиненную роль в в о д н а г о спеціальнаго изслѣдованія, иллюстрирующаго на частномъ примѣрѣ и подготовляющаго пониманіе н е с о и з м ѣ р и м о б о л ѣ е о б ш и р н ы х ъ и д е й и у ч е н і й» (Предисловіе). И, дѣйствительно, мы видимъ, какъ тотъ факторъ, который, по концепціи автора, является движущей силой въ акціонерномъ дѣлѣ и объясняетъ какъ грандіозный расцвѣтъ и важное значеніе акціонерныхъ компаній въ капиталистическомъ міровомъ хозяйствѣ, такъ и пагубныя, странныя и «чудовищныя» ихъ проявленія, — какъ этотъ психическій факторъ смѣло переносится авторомъ сначала въ область всякаго предпринимательства, а затѣмъ, и во всѣ иныя сферы экономической жизни, получая, въ концѣ концовъ, «общее, универсальное э к о н о м и ч е с к о е значеніе». Безъ знанія этого психическаго фактора «нельзя вообще правильно понимать экономическихъ процессовъ», говоритъ авторъ, а соотвѣтственныя психологическія начала и законы должны быть положены въ основаніе всей политической экономіи, какъ ея основныя посылки. Отсюда и теорія экономическихъ кризисовъ автора покоится на психологическихъ основаніяхъ, имѣя въ своей основѣ все тотъ же «психическій факторъ». Но и на такомъ «широкомъ обобщеніи» не останавливается проф. Петражицкій. Онъ включаетъ въ свою концепцію объясненіе и политическихъ процессовъ, политическихъ

Digitized by Google

кризисовъ, и ихъ, какъ бы, «цикличности» въ исторіи, стоя все время на точкѣ зрѣнія своей эмоціональной психологіи. Но, собственно, теорія экономическихъ и политическихъ кризисовъ составитъ содержаніе второго тома. Данный же (первый) томъ посвященъ объясненію механизма акціонернаго дѣла и биржевой спекуляціи (ч. 1-я), а также и «общей исторіи массовыхъ ошибокъ при оцѣнкѣ шансовъ неизвѣстной прибыли» (ч. 2-я).

Такимъ образомъ, все его сочиненіе должно «служить доказательствомъ необходимости постановки теоріи и исторіи экономическихъ (и политическихъ) процессовъ на научно-психологическую почву, на почву научнаго психологическаго изслѣдованія, — вмѣсто пользованія разными психологическими фикціями и наивностями, въ родѣ посылки всеобщаго эгоизма въ сочетаніи со всевѣдѣніемъ относительно настоящаго и будущаго, изъ которой выводятся экономическіе законы въ современной экономической литературѣ» (Предисловіе).

Что же это за факторъ? Каково его специфическое свойство? Простота отвѣта, который даетъ на это Петражицкій, является почти «парадоксальной». Факторъ этотъ есть не что иное, какъ психологическій шансовый оптимизмъ, то-есть та общераспространенная черта людей, которая состоитъ въ безотчетной эмоціональной тенденціи «преувеличивать цѣнность благопріятныхъ и желательныхъ шансовъ при соображеніяхъ вѣроятности и дѣйствовать сообразно съ такою несоразмѣрною оцѣнкою» (стран. 51).

Именно, въ силу наличности даннаго психологическаго фактора, напримѣръ, всѣ «цѣнныя бумаги съ неопредѣленными преміями, въ томъ числѣ акціи, стремятся вызвать въ публикѣ спросъ и оцѣнку, превышающіе ихъ внутреннюю цѣнность» (стран. 58), вслѣдствіе чего является возможность весьма легкаго и быстраго собиранія капитала для предпринимательства или займа, и въ то же время даже инертныя массы «rentiers» вовлекаются въ предпринимательскую или иную спекуляцію въ надеждѣ на (преувеличенные) шансы выигрыша или прибыли.

Тотъ же мотивъ преувеличенной оцѣнки возможныхъ шансовъ выигрыша лежитъ въ основѣ успѣха и биржевой спекуляціи, и всевозможныхъ лотерей, и тотализатора, и игры въ рулетку (чуть ли не содержащей цѣлое государство Монако), и, вообще, въ основѣ всѣхъ азартныхъ игръ, манящихъ къ себѣ неопредѣленной возможностью выигрыша, прибыли, несмотря на объективную убыточность игры (почти) для каждаго игрока.

Digitized by Google

Этотъ психическій факторъ, этотъ «шансовый оптимизмъ» лежитъ также и въ основѣ кризисовъ, какъ экономическихъ, такъ и политическихъ. Ибо, какъ въ акціонерномъ дѣлѣ, биржевой спекуляціи, лотереѣ и проч., такъ и въ другихъ областяхъ экономической жизни (лишь въ менѣе сильной степени) дѣйствуетъ все та же тенденція оптимистической оцѣнки возможныхъ шансовъ прибыли. Люди выбираютъ ту или иную дѣятельность, профессію, главнымъ образомъ, именно, имѣя въ виду возможный успѣхъ отъ своего выбора. Вообще, въ основѣ хозяйственной жизни и дѣятельности лежитъ расчетъ съ далеко неопредѣленными разными прибылями и успѣхами, а потому во всѣхъ ея сферахъ: производствѣ, обмѣнѣ, распредѣленіи и, даже, потребленіи,— вездѣ играетъ роль указанная тенденція шансоваго оптимизма. Предприниматель, торговецъ, ремесленникъ, рабочій и т. д. — всѣ руководятся такимъ оптимизмомъ при выборѣ своего дѣла, всѣ побуждаются къ своей дѣятельности даннымъ психическимъ факторомъ. Даже чиновники, а также родители въ отношеніи дѣтей, военные и т. д. — всѣ не чужды психологическаго шансоваго оптимизма въ выборѣ той или иной карьеры. И, наконецъ, политическіе дѣятели и борцы — и тѣ заражены такимъ же оптимизмомъ, ибо также имѣютъ дѣло съ неопредѣленностью результатовъ борьбы, сулящею разные (преувеличенные) выгоды и успѣхи.

Такимъ образомъ, всюду въ человѣческой дѣятельности дѣйствуетъ факторъ «шансоваго оптимизма», возбуждая самую эту дѣятельность, дѣлая ее болѣе привлекательной и побуждая одновременно самихъ людей къ соціально необходимому и желательному поведенію, къ исполненію разныхъ необходимыхъ задачъ и функцій въ общественной жизни.

Но, на ряду съ такою положительною, соціально-полезною стороною, шансовый оптимизмъ имѣетъ и свою тѣневую, отрицательную, патологическую сторону. Ибо эмоціональная сила шансоваго оптимизма въ случаяхъ чрезмѣрнаго напряженія «можетъ вести и ведетъ къ уродливымъ разрушительнымъ проявленіямъ». Явленіе экономическихъ (и политическихъ) кризисовъ, именно, и покоится на данномъ патологическомъ свойствѣ «шансоваго оптимизма». Для примѣра остановимся, сначала, на акціонерныхъ кризисахъ.

Вовлекаясь въ азартную спекуляцію акціонерныхъ предпріятій и биржевыхъ операцій, акціонеры при каждомъ повышеніи ихъ доходности, т.-е. шансовыхъ плюсовъ, все болѣе и болѣе втягиваются въ незримыя сѣти ловкой спекуляціи и начинаютъ безотчетно отдаваться приманкамъ дразнящаго успѣха. Массовое настроеніе еще болѣе взвинчиваетъ заразительную атмосферу

Digitized by Google

спекуляціи, насыщенную «розовыми» надеждами и шансовымъ оптимизмомъ, создавая въ результатѣ тѣ, казалось бы, странныя «горячки» и «маніи» въ области биржевой спекуляціи и акціонернаго дѣла, которыя немипуемо влекутъ за собою (въ разсчетѣ на дальнѣйшую горячку) новые, въ существѣ своемъ уже не резонные, выпуски акцій, спѣшное рожденіе акціонерныхъ компаній,— пока вся эта лихорадочная работа не заканчивается всеобщей паникой, вслѣдствіе краховъ, лопанія дутыхъ «мыльныхъ пузырей», принятыхъ въ моментъ «горячки» за крѣпкія, солидныя учрежденія. Происходитъ перепроизводство акцій, и eo ipso развивается общій акціонерный кризисъ. Исторія знаетъ не мало печальныхъ примѣровъ данныхъ кризисовъ въ хозяйственной жизни.

Но бояться этого нечего; нужно умѣть лишь понять и надлежаще направлять акціонерное дѣло. Ибо самъ по себѣ институтъ акціонернаго права, акціонерныхъ компаній имѣетъ «благодѣтельное значеніе» для народнаго хозяйства, пробуждая, вслѣдствіе склонности къ «шансовому оптимизму», дремлющія производительныя силы страны къ промышленной и иной дѣятельности, легко создавая въ то же время грандіозные капиталы. Поэтому раціональная политика акціонернаго дѣла должна сводиться: 1) къ возможно лучшей утилизаціи на благо народнаго хозяйства и культуры тенденціи оптимистической надбавки, какъ фактора, вызывающаго предпріимчивость и пробуждающаго дремлющія производительныя силы страны, и 2) къ предотвращенію или ослабленію патологическаго дѣйствія оптимистической надбавки и тенденціи (стран. 242). Отсюда,— необходимо уничтоженіе «концессіонной системы» и введеніе «прогрессивной акціонерной подати» въ пользу государства.

Но тотъ же процессъ, лишь въ болѣе широкой степени, повторяется и въ явленіяхъ общихъ экономическихъ кризисовъ. Мѣсто акцій здѣсь занимаютъ продукты, товары, которые при первоначальной удачѣ сбыта начинаютъ, затѣмъ, производиться и выбрасываться на рынокъ въ количествѣ, уже несоизмѣримомъ со спросомъ. Происходитъ перепроизводство товаровъ, дающее въ результатѣ страшный экономическій кризисъ. Чрезмѣрность, патологичность шансоваго оптимизма и здѣсь ведетъ къ печальнымъ и соціально-вреднымъ послѣдствіямъ, — до новаго «отрезвленія» и, затѣмъ... новаго подъема оптимизма. То же явленіе и та же «цикличность» замѣчается и въ политической исторіи. И тутъ также имѣются времена особаго подъема политической температуры, съ розовыми надеждами, съ оптимистическими ожиданіями, эмоціональной заразительностью, горячкою

Digitized by Google

и т. п., которыя послѣ «отрезвленія» кажутся чѣмъ-то наивнымъ, страннымъ; и здѣсь также эта политическая «горячка» смѣняется крахомъ, разочарованіями, паникой, вызывая въ обществѣ пессимистическое, иногда, угнетенно-боязливое настроеніе и состояніе, — до новаго подъема политическаго «настроенія» съ повтореніемъ чрезмѣрныхъ надеждъ, иллюзій и нерезоннаго оптимизма.

Таково оригинальное, дѣйствительно, широко обобщенное ученіе проф. Петражицкаго объ экономическихъ и политическихъ кризисахъ. Строгая научная аргументація и тщательное обоснованіе всей концепціи научно-психологическими и историческими данными, въ связи съ подлиннымъ тонкимъ остроуміемъ критики традиціонныхъ ученій, — дѣлаетъ книгу автора научно-солидною по содержанію и оригинальною по замыслу.

П. Е. Михайловъ.

Издатель: Юридическое Общество
при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

Книги, полученныя редакціей:

Г. М. Кожевниковъ, прив.-доц. Томскаго университета. Облигаціи торгово-промышленныхъ акціонерныхъ товариществъ. Ч. I. Условія выпуска облигацій. Томскъ, 1912 г. Ц. 2 руб. 50 коп.

І. М. Кулишеръ. Лекціи по исторіи экономическаго быта Западной Европы. Изд. 3-е, дополн. С.-Пб., 1913 г. Ц. 2 руб. 50 коп. Книжный скл. «Право».

Гр. П. Толстой. Ограниченіе свободы печати обязательными постановленіями въ порядкѣ охраны. С.-Пб. 1912 г. Ц. 40 коп.

Свобода печати при обновленномъ строѣ. Сборникъ статей. С.-Пб., 1912 г. Ц. 1 руб. 25 коп. Книжный скл. «Общественная Польза».

Новый законъ (5 іюля 1912 года) **о государственной измѣнѣ** путемъ шпіонства. Съ разъясненіями и приложеніями. Составили Д. А. Коптевъ и С. М. Латышевъ. С.-Пб., 1913 г. Ц. 50 коп.

Сборникъ узаконеній и распоряженій **по землеустройству и землевладѣнію крестьянъ.** Составилъ Викторъ Денъ. С.-Пб., 1912 г. Ц. 3 руб. 75 коп. Книжный скл. «Новое Время».

Отъ конторы «Юридическаго Вѣстника» подписчику изъ Вильны (Лукишки): Подписную плату 6 руб. получили; просимъ сообщить Вашу фамилію и адресъ.

Digitized by Google

ПРОДОЛЖАЕТСЯ ПОДПИСКА
НА
ЮРИДИЧЕСКІЙ ВѢСТНИКЪ,
ЖУРНАЛЪ
МОСКОВСКАГО ЮРИДИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА,
ИЗДАВАЕМЫЙ ПРИ СОДѢЙСТВІИ
С.-Петербургскаго Юридическаго Общества и Общества имени А. И. Чупрова для разработки общественныхъ наукъ
ПОДЪ ОБЩЕЙ РЕДАКЦІЕЙ **Б. А. КИСТЯКОВСКАГО.**

Ближайшее участіе въ редакціи принимаютъ:

А. С. Алексѣевъ, М. М. Винаверъ, А. Э. Вормсъ, Н. В. Давыдовъ, Н. М. Ждановъ, И. А. Кистяковскій, М. М. Ковалевскій, А. А. Мануиловъ, В. Д. Набоковъ, П. И. Новгородцевъ, Н. Н. Полянскій и М. П. Чубинскій.

До сихъ поръ выразили согласіе на сотрудничество слѣдующія лица:

А. А. Алексѣевъ, Н. Н. Алексѣевъ, П. И. Астровъ, А. А. Боровой, С. Н. Булгаковъ, Б. П. Вышеславцевъ. С. Т. Гавриловъ, П. П. Гензель, Д. М. Генкинъ, М. Н. Гернетъ, П. В. Гидуляновъ, В. Я. Гинцбергъ, Н. Н. Голубевъ, А. В. Горбуновъ, В. М. Гордонъ, В. Э. Грабарь, В. Э. Денъ, В. Ѳ. Дерюжинскій, А. М. Долматовскій, Е. Н. Ефимовъ, А. И. Елистратовъ, В. Б. Ельяшевичъ, В. Я. Желѣзновъ, А. А. Жижиленко, А. В. Завадскій, М. Д. Загряцковъ, И. А. Ильинъ, В. Л. Исаченко, Н. А. Каблуковъ, З. С. Каценеленбаумъ, Ѳ. Ѳ. Кокошкинъ, С. А. Котляревскій, В. А. Краснокутскій, К. А. Кузнецовъ, И. В. Лебединскій, П. И. Люблинскій, Н. А. Максименко, В. Ѳ. Матвѣевъ, В. С. Малченко, П. Е. Михайловъ, С. П. Мокринскій, М. И. Назаревскій, В. Н. Новиковъ, бар. Б. Э. Нольде, С. П. Ордынскій, Р. М. Орженцкій, М. Я. Острогорскій, Н. И. Паліенко, Л. І. Петражицкій, А. А. Піонтковскій, І. А. Покровскій, С. П. Покровскій, Б. В. Поповъ, Д. С. Розенблюмъ, С. Е. Сабининъ, А. Р. Свирщевскій, В. И. Синайскій, Е. Д. Синицкій, М. Н. Соболевъ, Е. В. Спекторскій, П. Б. Струве, Б. И. Сыромятниковъ, Л. С. Таль, Ѳ. В. Тарановскій, Л. Е. Тауберъ, Е. Н. Темниковскій, кн. Е. Н. Трубецкой, В. М. Устиновъ, А. Н. Фатѣевъ, Г. С. Фельдштейнъ, А. Н. Филипповъ, Б. Н. Фрезе, А. Л. Форштетеръ, В. М. Хвостовъ, В. Н. Челищевъ, А. А. Чупровъ, Л. В. Шалландъ, В. Н. Ширяевъ, А. Я. Шпаковъ, И. З. Штейнбергъ, Г. Н. Штильманъ, В. Г. Щегловъ, Т. М. Яблочковъ и А. С. Ященко.

Юридическій Вѣстникъ выходитъ въ количествѣ четырехъ книгъ въ годъ — въ февралѣ, апрѣлѣ, октябрѣ и декабрѣ — въ размѣрѣ отъ 12 до 15 печатныхъ листовъ.

Подписная цѣна на годъ — 6 рублей, на полгода — 3 рубля съ пересылкою и доставкою. Цѣна каждой книги въ отдѣльной продажѣ 2 рубля. Подписка принимается въ редакціи журнала **Юридическій Вѣстникъ** въ Москвѣ, Пречистенка, Б. Левшинскій пер., д. № 13, кв. 8. По дѣламъ конторы обращаться по буднимъ днямъ отъ 12 до 4 ч. дня по телеф. 3.08-79.

Издатель: Юридическое Общество при Императорскомъ Московскомъ Университетѣ.

Редакторъ *Б. А. Кистяковскій.*

Digitized by Google

ПРИНИМАЕТСЯ ПОДПИСКА на **1913** годъ

НА ЖУРНАЛЪ

ЮРИДИЧЕСКІЯ ЗАПИСКИ,

ИЗДАВАЕМЫЙ

Демидовскимъ Юридическимъ Лицеемъ

подъ редакціей: **Б. А. Кистяковскаго, А. Р. Свирщевскаго, Л. С. Таля и В. Н. Ширяева,**

При ближайшемъ участіи:

В. М. Гордона, А. И. Елистратова, Ѳ. Ѳ. Кокошкина. Л. І. Петражицкаго І А. Покровскаго, М. И. Туганъ-Барановскаго, Г. С. Фельдштейна и барона А. Л. Фрейтагъ-Лорингговена

въ количествѣ четырехъ выпусковъ (въ мартѣ, маѣ, октябрѣ и декабрѣ) по 10 печатныхъ листовъ въ каждомъ.

Въ «Юридическихъ Запискахъ», будутъ помѣщаться: 1) оригинальныя статьи по юридическимъ и экономическимъ наукамъ; 2) обозрѣніе наиболѣе важныхъ статей въ иностранныхъ юридическихъ и экономическихъ журналахъ; 3) хроника законодательная и судебная; 4) смѣсь; 5) критика и проч.

За 1908—12 гг. въ «Юридическихъ Запискахъ» были помѣщены статьи:

А. А. Алексѣева, А. С. Алексѣева, В. Н. Бенешевича, М. И. Боголѣпова, А. Н. Бѣликова, А. М. Винавера, А. Э. Вормса, А. К. Вульферта, П. В. Гидулянова, Н. Н. Голубева, І. М. Гольдштейна, В. Горы, Е. Н. Ефимова, А. А. Жижиленко, Яр. Каллаба, бар. С. А. Корфа, А. М. Кулишера, П. Кравцова, С. Левина, Ѳ. И. Леонтовича, П. И. Люблинскаго, П. Е. Михайлова, С. А. Муромцева, В. Н. Мышцына, Я. Натансона, Ф. К. Нейбеккера, И.Б. Новицкаго, Р. М. Орженцкаго, Н. И. Паліенко, М. Я. Пергамента, С. Первушина, П. А. Покровскаго, С. П. Покровскаго, С. Е. Сабинина, А. Р. Свирщевскаго, В. В. Святловскаго, Е. В. Спекторскаго, М. Н. Соболева, В. В. Сокольскаго, И. К. Сухоплюева, Ѳ. В. Тарановскаго, Г. Г. Тельберга, Е. Н. Темниковскаго, М. И. Туганъ-Барановскаго, Г. С. Фельдштейна, Б. Н. Фрезе, бар. А.Л. Фрейтагъ-Лорингговена, Н. Н. Шапошникова, В. Н. Ширяева, С. А. Шумакова, Т. М. Яблочкова.

ПОДПИСНАЯ ПЛАТА на 1913 годъ съ доставкой и пересылкой 4 рубля. Цѣна отдѣльнаго выпуска «Юридическихъ Записокъ» 1 руб. 85 коп., двойного — 2 руб. 70 коп. Подписная плата адресуется въ г. Ярославль, зданіе Демидовскаго Юридическаго Лицея, редакціи «Юридическихъ Записокъ». Отдѣльные выпуски продаются тамъ же, а также въ книжныхъ магазинахъ С.-Петербурга, Москвы, Кіева и др.

Digitized by Google

Продолжается подписка на 1912—1913 годъ

НА ЖУРНАЛЪ

ЮРИДИЧЕСКАЯ БИБЛІОГРАФІЯ,

ИЗДАВАЕМЫЙ

ДЕМИДОВСКИМЪ ЮРИДИЧЕСКИМЪ ЛИЦЕЕМЪ

(ШЕСТОЙ ГОДЪ ИЗДАНІЯ).

Подписка принимается въ г. Ярославлѣ, въ конторѣ редакціи **Юридической Библіографіи** (зданіе Демидовскаго Юридическаго Лицея) и въ г. Москвѣ въ книжномъ магазинѣ «Правовѣдѣніе» И. К. Голубева (Никольская, д. Славянскаго Базара) и въ книжномъ магазинѣ П. Шибанова (Никольская ул.). Подписной годъ начинается 1 іюня 1912 года и заканчивается 31 мая 1913 года. **Подписная цѣна на годъ съ пересылкою и доставкою 2 руб.**

Юридическая Библіографія продается отдѣльными выпусками въ г. Ярославлѣ и книжныхъ магазинахъ С.-Петербурга, Москвы и Кіева по **40 к.** за отдѣльный выпускъ, по **80 к.** за двойной выпускъ.

Юридическая Библіографія въ шестомъ году своего изданія будетъ выходить пять разъ въ годъ. Первый (двойной) выпускъ за текущій годъ № 1—2 (№ 26—27) вышелъ подъ редакціей **Н. Н. Голубева, А. Р. Свирщевскаго и Т. М. Яблочкова.**

Въ вышедшихъ съ 1907 года до сего времени 27 нумерахъ **Юридической Библіографіи** были помѣщены рецензіи и замѣтки слѣдующихъ лицъ:

З. Д. Авалова, П. М. Богаевскаго, А. А. Борового, А. Н. Бѣликова, Ст. Веселовскаго, А. М. Винавера, С. И. Викторскаго, А. Э. Вормса, П. П. Гензеля, М. Н. Гернета, П. В. Гидулянова, Д.С.Глаголева, Н. Н. Голубева, Г. В. Демченко, А. И. Елистратова, А. А. Жилина, А. В. Завадскаго, Ф. Ф. Зигеля, И. О. Зубова, И. А. Ильина, Н. А. Каблукова, К. Кадлеца, гр. Л. А. Камаровскаго, Б. А. Кистяковскаго, Ѳ. Ѳ. Кокошкина, бар. С. А. Корфа, С.А. Котляревскаго, П. С. Кравцова, В. А. Краснокутскаго, І. М. Кулишера, С. Кутржеба, Ѳ. И. Леонтовича, П. И. Люблинскаго, В.Ѳ.Матвѣева, А.Н.Миклашевскаго, П. Е. Михайлова, В. Н. Мышцына, Э. Немировскаго, Н. Я. Новомбергскаго, И. Х. Озерова, Р. М. Орженцкаго, Н. И. Паліенко, М. Я.Пергамента, И. Н. Покровскаго, А. А. Рождественскаго, С. Е. Сабинина, А. Р. Свирщевскаго, В. И. Серебровскаго, В. И. Синайскаго, Е. Д. Синицкаго, Е. В. Спекторскаго, Н. С. Суворова, И. К. Сухоплюева, Б. И. Сыромятникова, Ѳ. В. Тарановскаго, бар. М. А. Таубе, Л. Я. Таубера, В. Н. Твердохлѣбова, Г. Г. Тельберга, Г. И. Тиктина, И. Н. Трепицина, В. А. Удинцева, Г. С. Фельдштейна, М. С. Фельдштейна, А. Н. Филиппова, А. Ф. Фортунатова, Б. Н. Фрезе, бар. А. Л. Фрейтага-Лорингговена, М. Н. Фридмана, В. М. Хвостова, Д. А. Червонецкаго, И. И. Чистякова, М. П. Чубинскаго, П. Шапошникова, В. Шесана, В. Н. Ширяева, А. В. Шмидта, С. А. Шумакова, В. Г. Щеглова, Т. М. Яблочкова, А. С. Ященко.

Издатель: Демидовскій Юридическій Лицей.

Digitized by Google

Второй годъ изданія.

ПРИНИМАЕТСЯ ПОДПИСКА на **1913** ГОДЪ на

ЖУРНАЛЪ УГОЛОВНАГО ПРАВА И ПРОЦЕССА,

ИЗДАВАЕМЫЙ въ С.-ПЕТЕРБУРГѢ

при Русской Группѣ Международнаго Союза Криминалистовъ,

при ближайшемъ участіи: М. Н. Гернета, А. А. Жижиленко, Е. М. Кулишера, П. И. Люблинскаго, В. Д. Набокова, Н. Н. Полянскаго и М. П. Чубинскаго

и при постоянномъ сотрудничествѣ: М. Л. Гольдштейна, О. О. Грузенберга, Н. В. Давыдова, Л. М. Зайцева, М. М. Исаева, А. Д. Киселева, В. Н. Новикова, А. А. Піонтковскаго, В. Д. Плетнева, П. С. Пороховщикова, Н. Н. Розина, Е. Д. Синицкаго, Г. Б. Сліозберга, Л. Я. Таубера, В. Н. Ширяева и др.

Программа журнала: I. вопросы науки уголовнаго права и процесса вмѣстѣ съ вспомогательными дисциплинами [1) уголовная антропологія, 2) уголовная статистика, 3) уголовная политика и соціологія, 4) тюрьмовѣдѣніе, 5) наука уголовной полиціи]; II. текущіе вопросы уголовно-правовой жизни; III. судебная практика; IV. хроника русская и иностранная; V. библіографія; VI. университеты и юридическія общества; VII. труды Международнаго Союза Криминалистовъ и его Русской Группы.

Въ 1912 г. въ журналѣ помѣщены статьи: М. Н. Гернета, Елены Г-гъ, А. А. Жижиленко, Л. М. Зайцева, Т. О. Зейлигеръ, М. М. Исаева, Е. М. Кулишера, П. И. Люблинскаго, В. Д. Набокова, Вячеслава Новикова, Н. А. Окунева, С. П. Ордынскаго, В. Д. Плетнева, Н. Н. Полянскаго, Н. Н. Розина, В. Б. Станкевича, Статистика, В. Финка, Д. А. Червонецкаго, М. П. Чубинскаго, В. Н. Ширяева, Г. Н. Штильмана и др.; **положенія, извлеченныя изъ рѣшеній сената** (Общ. Собр. Угол. Деп. и его отдѣл.) **за 1911 и 1912 гг.; отчеты о засѣданіяхъ С.-Пб. Юридическаго Общества, труды Русской Группы Международнаго Союза Криминалистовъ; приложеніе — стенографическій отчетъ о засѣданіяхъ IX Общаго собранія Русской Группы Международнаго Союза Крими.** (Новымъ подписчикамъ на 1913 г. приложеніе высылается безплатно).

«Журналъ уголовнаго права и процесса» выходитъ четыре раза въ годъ. **Подписная цѣна**: на годъ — **4** руб., полгода — **2** руб., отдѣльная книжка — **1** руб. **25** к. Подписка и объявленія принимаются въ Конторѣ Журнала и во всѣхъ крупныхъ книжныхъ магазинахъ.

Адресъ: Конторы: С.-Пб., Литейный пр., 28. Телефонъ 41—61. Редакціи: С.-Пб., Дегтярная ул., 22. Телефонъ 558—50.

Издатель **В. Д. Набоковъ.** Редакторъ **И. И. Зайцевъ.**

Digitized by Google

XIX годъ | въ 1913 году | годъ XIX

„ЖУРНАЛЪ МИНИСТЕРСТВА ЮСТИЦІИ“

будетъ выходить ежемѣсячно, кромѣ іюля и августа, книгами въ объемѣ около 20 листовъ. Подписной годъ начинается съ января 1913 года.

Въ «Журналѣ» печатаются: 1) Узаконенія и распоряженія правительства, приказы и циркуляры по вѣдомству М. Ю.; 2) Статьи по исторіи, теоріи и практической разработкѣ права и судопроизводства, особенно гражданскаго и уголовнаго; 3) Обзоръ текущей судебной практики, систематическія извлеченія изъ рѣшеній Гражд. и Уголов. Касс. Д—товъ и Общаго Собранія Правительствующаго Сената; 4) Литературное обозрѣніе: критическіе отзывы о новыхъ книгахъ и брошюрахъ, русскихъ и иностранныхъ, библіографическій указатель юридической литературы, русской и иностранной; 5) Обзоръ иностраннаго законодательства: свѣдѣнія о новыхъ законахъ и законопроектахъ въ иностранныхъ государствахъ; 6) Письма изъ Англіи и изъ Парижа; 7) Обзоръ иностранныхъ журналовъ.

Въ «Журналѣ» за 1894—1912 годъ были напечатаны, между прочимъ, статьи слѣдующихъ авторовъ: А. С. Алексѣева, А. Л. Боровиковскаго, Е. В. Васьковскаго, М. М. Винавера, Ю. С. Гамбарова, А. Г. Гасмана, М. Б. Горенберга, Д. Д. Гримма, М. Ѳ. Громницкаго, А. М. Гуляева, П.Н.Гуссаковскаго, Д. А. Дриля, М. В. Духовскаго, М. А. Дьяконова, К. П. Змирлова, В. В. Ивановскаго, И. А. Ивановскаго, М. М. Ковалевскаго, А.Ѳ.Кони, Н. М. Коркунова, В. Н. Латкина, Ѳ. И. Леонтовича, В. М. Нечаева, бар. А. Ѳ. Нольде, Д. А. Носенко, П. Н. Обнинскаго, Н. И. Паліенко, Л. І. Петражицкаго, А. А. Піонтковскаго, І. А. Покровскаго, П. С. Пороховщикова, А. К. фонъ-Розена, Н. М. Рейнке, А. К. Рихтера, В. И. Сергѣевича, Н. Д. Сергѣевскаго, В. К. Случевскаго, В. Д. Спасовича, Ѳ.В.Тарановскаго, Е. Н. Тарновскаго, А. Н. Филиппова, И. Я. Фойницкаго, М. П. Чубинскаго, В. М. Цвингмана, Г. Ф. Шершеневича, Б. П. Ширкова, К. В. Шнейдера, И. Г. Щегловитова, И. Е. Энгельмана и мн. др.

Подписная *плата* **8 рублей** въ годъ съ доставкою и пересылкою.

Должностныя лица при подпискѣ *черезъ казначеевъ* пользуются *разсрочкою до 1 рубля* въ мѣсяцъ съ тѣмъ, чтобы вся уплата была произведена въ теченіе первыхъ 8 мѣсяцевъ каждаго года.

Всѣ прочіе подписчики, *при подпискѣ* исключительно *въ Главной Конторѣ*, пользуются *разсрочкою до 2 рублей* въ мѣсяцъ съ тѣмъ, чтобы вся уплата была произведена въ теченіе первыхъ четырехъ мѣсяцевъ каждаго года.

Кандидаты на должности по судебному вѣдомству, лица, оставленныя при университетахъ для приготовленія къ профессорскому званію, а также студенты Императорскихъ университетовъ и Демидовскаго Юридическаго Лицея, воспитанники Императорскихъ: Училища Правовѣдѣнія и Александровскаго Лицея и слушатели Военно-Юридической Академіи платятъ, при подпискѣ въ Главной Конторѣ, — *по 5 рублей въ годъ*.

Отдѣльныя книги продаются по 1 рублю, съ приложеніями по 2 рубля.

Книжные магазины пользуются за пріемъ подписки и объявленій уступкою 10 %, за продажу отдѣльныхъ книгъ — 25 %.

Главная контора: Книжный складъ М. М. Стасюлевича, С.-Петербургъ, Васильевскій островъ; 5 линія, д. 18.

Объявленія для напечатанія въ «Журналѣ» принимаются въ Главной Конторѣ съ платою по расчету 8 руб. за страницу и 4 руб. за полстраницы.

Редакція Журнала Министерства Юстиціи находится въ С.-Петербургѣ, по **Екатерининской улицѣ, въ** зданіи Министерства Юстиціи.

Редакторъ **В. Ѳ. Дерюжинскій.**

Digitized by Google

1913 г. ОТКРЫТА ПОДПИСКА **годъ XXIV.**

на журналъ

ВОПРОСЫ ФИЛОСОФІИ и ПСИХОЛОГІИ.

ИЗДАНІЕ

МОСКОВСКАГО ПСИХОЛОГИЧЕСКАГО ОБЩЕСТВА

при содѣйствіи С.-Петербургскаго Психологическаго Общества.

Журналъ издается на прежнихъ основаніяхъ
подъ редакціей **Л. М. Лопатина.**

Въ «Вопросахъ Философіи и Психологіи» принимаютъ участіе слѣдующія лица: Н. А. Абрикосовъ, Ю. И. Айхенвальдъ, В. Анри, С. А. Аскольдовъ, Б. Н. Бабынинъ, Н. Н. Баженовъ, Ѳ. Д. Батюшковъ, А. Н. Бекетовъ, Н. А. Бердяевъ, А. Н. Бернштейнъ, П. П. Блонскій, П. Д. Боборыкинъ, Е. А. Бобровъ, А. Болтуновъ, С. Н. Булгаковъ, В. А. Вагнеръ. В. Э. Вальденбергъ, А. В. Васильевъ, А-дръ И. Введенскій, Д. В. Викторовъ, Н. Д. Виноградовъ, П. Г. Виноградовъ, Л. Е. Габриловичъ, В. И. Герье, А. Н. Гиляровъ, Л. О. Даркшевичъ, В. В. Джонстонъ, Н. А. Звѣревъ, В. В. Зѣньковскій, В. Н. Ивановскій, Н. А. Иванцовъ, И. Ильинъ, А. П. Казанскій, Ю. В. Кандабинъ, М. И. Каринскій, В. П. Карповъ, Н. И. Карѣевъ, Б. А. Кистяковскій, Я. Н. Колубовскій, Ѳ. Е. Коршъ, С. А. Котляревскій, Н. Н. Ланге, М. Ю. Лахтинъ, Л. М. Лопатинъ, Н. О. Лосскій, С. М. Лукьяновъ, П. Н. Милюковъ, П. В. Моніевскій, П. И. Новгородцевъ, Д. Н. Овсянико-Куликовскій, И. Ф. Огневъ, Э. Л. Радловъ М. М. Рубинштейнъ, В. П. Сербскій, В. С. Серебренниковъ, П. П. Соколовъ, С. А. Соллертинскій, Ф. В. Софроновъ П. Б. Струве, С. А. Сухановъ, П. В. Тихомировъ, кн. Е. Н. Трубецкой, Н. А. Умовъ, С. Л. Франкъ, В. М. Хвостовъ, В. Ф. Чижъ, Г. И. Челпановъ, Н. Ѳ. Шаталовъ, Г. Г. Шпетъ, А. М. Щербина, А. А. Эйхенвальдъ, В. Ф. Эрнъ, Б. В. Яковенко и др.

Программа журнала: 1) Самостоятельныя статьи и замѣтки по философіи и психологіи. Въ понятіи философіи и психологіи включаются: логика и теорія знанія, этика и философія права, эстетика, исторія философіи и метафизика, философія наукъ, опытная и физіологическая психологія, психопатологія. 2) Критическія статьи и разборы ученій и сочиненій западно-европейскихъ и русскихъ философовъ и психологовъ. 3) Общіе обзоры литературъ поименованныхъ наукъ и отдѣловъ философіи и библіографія. 4) Философская и психологическая критика произведеній искусства и научныхъ сочиненій по различнымъ отдѣламъ знанія. 5) Переводы классическихъ сочиненій по философіи древняго и новаго времени.

Журналъ выходитъ пять разъ въ годъ (приблизительно въ концѣ февраля, апрѣля, іюня, октября и декабря) книгами около 15 печатныхъ листовъ.

Условія подписки: На годъ (съ 1-го января 1913 г. по 1-е января 1914 г.) безъ доставки—6 р., съ доставкой въ Москвѣ—6 р. 50 к., съ пересылкой въ другіе города—7 р., за границу—8 р. Учащіеся въ высшихъ учебныхъ заведеніяхъ, сельскіе учителя и сельскіе священники пользуются скидкой въ 2 р. Подписка на льготныхъ условіяхъ и льготная выписка старыхъ годовъ журнала принимается только въ конторѣ редакціи.

Подписка принимается въ конторѣ журнала: Москва, Б. Никитская, В. Чернышевскій пер., д. 9, кв. 5 и въ книжныхъ магазинахъ: «Новаго Времени» (С.-Петербургъ, Москва, Одесса и Харьковъ), Карбасникова (С. Петербургъ, Москва, Варшава), Вольфа (С.-Петербургъ и Москва), Оглоблина (Кіевъ), Башмакова (Казань) и другихъ.

Полные годовые экземпляры журнала за третій (№№ 10—14), четвертый (№№ 16—20), пятый (№№ 21—25), шестой (№№ 26—30), седьмой (№№ 31—35), восьмой (№№ 36—40), девятый (№№ 41—45), десятый (№№ 46—50), одиннадцатый (№№ 51—55), двѣнадцатый (№№ 56—60) годы, продаются по 2 р. за каждый годъ, тринадцатый (№№ 61—65), четырнадцатый (№№ 66—70), шестнадцатый (№№ 76—80), семнадцатый (№№ 81—85), осьмнадцатый (№№ 86—90) и девятнадцатый (№№ 91—96), двадцатый годы по 3 р. за экземпляръ; экземпляры за 1911 г. продаются по 5 руб., 1912—по 6 руб. Подписчики на новый 1913 г. получаютъ журналъ при выпискѣ всѣхъ прежнихъ годовъ изданія сразу по 2 руб. за годъ, до 1911 г. включительно. 1904 и 1910 гг.— распроданы. № 15-й журнала, не входящій ни въ одинъ изъ годовыхъ комплектовъ, весь распроданъ. Пересылка по разстоянію. При выпискѣ всѣхъ означенныхъ книгъ наложеннымъ платежемъ взимается съ каждаго рубля по 2 коп.

Редакторъ *Л. М. Лопатинъ.*

Digitized by Google

ПРИНИМАЕТСЯ ПОДПИСКА на **1913** ГОДЪ на

ИЗВѢСТІЯ

С.-ПЕТЕРБУРГСКАГО

ПОЛИТЕХНИЧЕСКАГО ИНСТИТУТА

Императора Петра Великаго.

«Извѣстія С.-Петербургскаго Политехническаго Института Императора Петра Великаго выходятъ въ форматѣ большой восьмушки и распадаются на два отдѣла: отдѣлъ техники, естествознанія и математики и отдѣлъ наукъ экономическихъ и юридическихъ. На каждый изъ отдѣловъ подписка принимается особо.

I. Отдѣлъ техники, естествознанія и математики выходитъ въ количествѣ двухъ томовъ (отъ 4-хъ до 6-ти выпусковъ) въ годъ и состоитъ изъ двухъ частей. Въ первой части помѣщаются оригинальныя статьи по вопросамъ математики, механики, физики, химіи, минералогіи, геологіи, прикладной механики, механической технологіи, электротехники, химической технологіи, металлургіи, металлографіи, строительнаго искусства, кораблестроенія и др. Вторую часть составляютъ научная хроника, критика и библіографія.

II. Отдѣлъ наукъ экономическихъ и юридическихъ выходитъ въ количествѣ 2-хъ томовъ въ годъ и состоитъ изъ трехъ частей. Въ первой части помѣщаются оригинальныя статьи экономическаго и юридическаго содержанія. Вторую часть составляютъ законодательная хроника и замѣтки, и третью — критика и библіографія. Въ послѣднюю часть входитъ систематическій указатель книгъ и журнальныхъ статей, появившихся въ Россіи по вопросамъ экономическимъ и юридическимъ.

Подписная цѣна на все изданіе «Извѣстій С.-Петербургскаго Политехническаго Института Императора Петра Великаго» 6 руб. въ годъ; на отдѣль техники, естествознанія и математики — 3 руб., на отдѣлъ наукъ экономическихъ и юридическихъ — 3 руб. Студенты всѣхъ высшихъ учебныхъ заведеній пользуются скидкой 50%. За доставку на домъ городскіе подписчики доплачиваютъ 40 коп., иногородніе 60, какъ подписавшіеся на все изданіе, такъ и на одинъ изъ отдѣловъ.

Подписка принимается: 1) Въ редакціи «Извѣстій» С.-Пб., Сосновка, 3. 2) Въ книжн. магазинѣ К. Л. Риккера, С.-Пб., Невскій пр., 14. 3) Въ книжн. магазинѣ «Право», С.-Пб., Владимірскій пр., 19. 4) Въ книжн. магазинѣ Г. В. Гольстена, С.-Пб., Литейный, 28.

РЕДАКТОРЫ:

По Техническимъ Отдѣленіямъ **Ф. Ю. Левинсонъ-Лессингъ.**

По Экономическому Отдѣленію **В. Б. Ельяшевичъ.**

АДРЕСЪ РЕДАКЦІИ: С.-Пб. Сосновка. Политехническій Институтъ.

---

12 №№ ОТКРЫТА ПОДПИСКА на **1913** г. **1 р. 50 к.**

(III г. изданія.)

ВѢСТНИКЪ НАРОДНАГО ОБРАЗОВАНІЯ.

Ежемѣсячный информаціонный, справочный и библіографическій журналъ. Издается при ближайшемъ участіи В. И. Чарнолускаго.

Общіе вопросы образованія и воспитанія. — Дошкольное образованіе. — Начальная и высшая начальная общеобразовательныя школы. — Низшая профессіональная школа. — Образованіе учащаго персонала. — Внѣшкольное образованіе. — Самообразованіе. — Дѣтское чтеніе.

Отдѣлы журнала: — Законы, циркуляры, сенатск. разъясненія. — Библіографія новыхъ книгъ и статей по нар. образованію, учебниковъ и учебн. пособій. — Рефераты и сводъ рецензій о новыхъ книгахъ и журналахъ по нар. образованію. — Сводъ отзывовъ о научно популярн. книгахъ и общихъ журналахъ; о дѣтскихъ книгахъ и журналахъ. — Списки: произведеній допущ. въ учебн. заведенія; изъятыхъ произведеній; просвѣтит. обществъ и учрежденій. — Хроника. — Изъ литературы и жизни. — Изъ практики для практики. — Изъ статистики просвѣщенія. — Вопросы и отвѣты. — Сообщенія и заявленія. — Объявленія.

Подписн. цѣна: 1 р. 50 к. съ пересылкой. — Отдѣльн. нумеръ—20 к., (можно 2-хъ коп. марк.).— Желающіе получить квитанцію, оплачиваютъ герб. сборъ (5 к.). — Подписка принимается во всѣхъ почтово-телегр. учрежденіяхъ по редакц. подписн. цѣнѣ. — Книжн. магазины удерживаютъ 5%. — Подробн. проспекты—безплатно. Полный комплектъ журнала за 1911—1912 гг. (15 №№)—2 р., для подписывающихся до 1 янв. 1913 г.—1 р. 25 к.

Адресъ редакціи и конторы: Спб., Невскій, д. 126, кв. 12.

Ред.-Изд. *Е. Ф. Проскурякова.*

Digitized by Google

ЗАПИСКИ

Императорскаго Харьковскаго Университета

1913 годъ.

«ЗАПИСКИ» выходятъ 4 раза въ годъ книжками въ объемѣ отъ 20 до 25 печатныхъ листовъ.

Содержаніе книжекъ: I. Офиціальный отдѣлъ (годичный отчетъ университета, отчеты объ ученыхъ командировкахъ, отзывы о диссертаціяхъ и сочиненіяхъ). II. Научный отдѣлъ (статьи и изслѣдованія). III. Критика и библіографія. IV. Научныя извѣстія. V. Лѣтопись университета (статьи, относящіяся къ исторіи Харьковскаго Университета). VI. Приложенія (курсы профессоровъ; результаты наблюденій метеорелогической станціи при Харьковскомъ Университетѣ).

ПОДПИСНАЯ ЦѢНА:

5 рублей въ годъ съ пересылкой, **4** рубля безъ пересылки; для студентовъ Харьковскаго Университета **2** рубля.

Адресъ редакціи «Записокъ Харьковскаго Университета»: Харьковъ, въ зданіи Университета.

Редакторъ проф. **С. Кульбакинъ.**

Открыта подписка на 1913 годъ.

„ХУТОРЯНИНЪ".

Еженедѣльный иллюстрированный журналъ, посвященный интересамъ сельск. хозяйства, кооперации, промышленности и торговли.

Издается Полтавскимъ Обществомъ Сельск. Хозяйства съ 1896 года.

Годовая подписка съ пересылкой и доставкой 2 руб. 20 коп.

Въ теченіе года подписчики получаютъ: **52 нумера** (Отъ 2 до 3 листовъ каждый, что за годъ составляетъ томъ свыше 2200 стран. текста съ иллюстраціями). **Сборникъ с.-х. статей.** Календарь **«Хуторянинъ»** на 1913 г. (Свыше 300 стран. текста, съ массой рисунковъ и чертежей. Цѣна въ отдѣльной продажѣ 25 коп. **«Бесѣды по полеводству съ крестьянами Юга Россіи».** Сочиненіе **А. Г. Матисена,** свыше 125 стран., со многими рисунками. Въ отдѣльной продажѣ 20 коп. **10 сортовъ сѣмянъ.**

Спеціально избранная комиссія Одесскаго отдѣленія Императорскаго РусскагоТехническагоОбщества признала изданіе чрезвычайно полезнымъ для улучшенія и развитія мелкаго крестьянскаго хозяйства Малороссіи и заслуживающимъ полнаго одобренія.

Адресъ: Полтава, Пушкинская ул., домъ Полт. о-ва с.-х., редакція **«ХУТОРЯНИНЪ».**

Отвѣтственный редакторъ, Президентъ Полтав. общ. сельск. хоз. заслуженный профессоръ **А. П. Шимковъ.**

Digitized by Google

ВЫШЛА ВЪ СВѢТЪ НОВАЯ КНИГА

Проф. Т. М. Яблочковъ.

ПРАКТИЧЕСКІЙ КОММЕНТАРІЙ на У. Г. С.

Т. I. Основы гражд. процесса (ст. 1—28).

1. Тексты законовъ. 2. Литература. 3. Основные принципы сенатской практики. 4. Замѣчанія составителя.

Съ алфавитнымъ указателемъ.

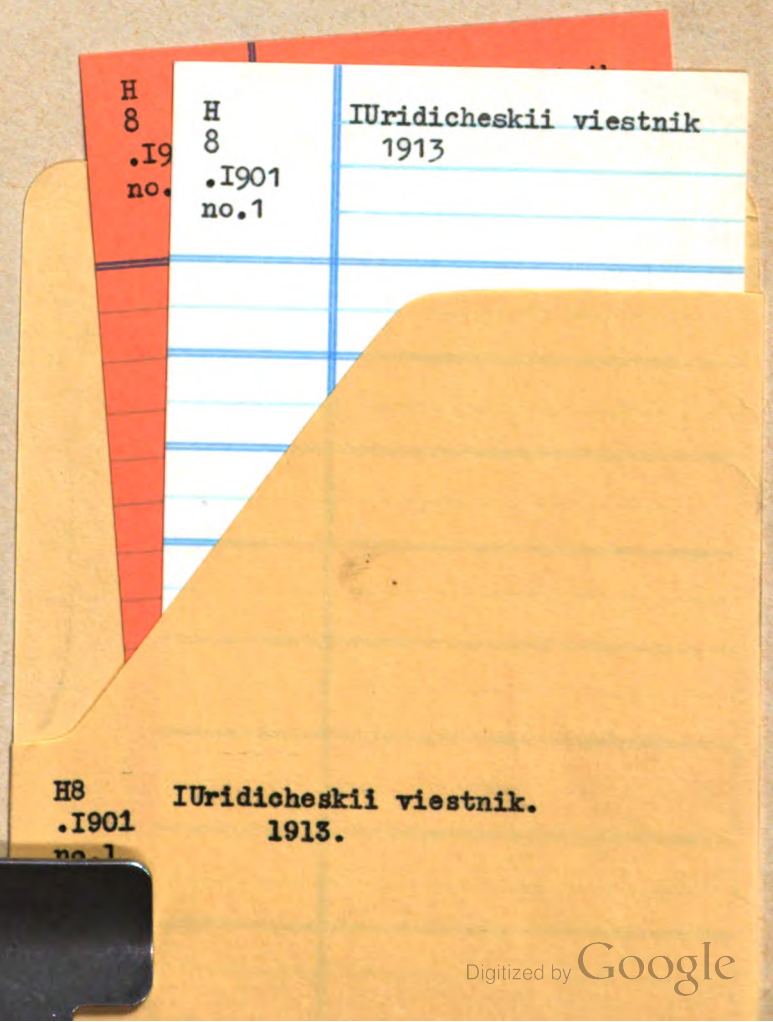
Цѣна 2 руб. 85 коп.

Digitized by Google

Digitized by Google

[10]

Digitized by Google



Digitized by Google

UNIVERSITY OF CHICAGO
097 923 574

Digitized by Google